

Prof. Dr. Thomas Koller  
Bern

## Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2013

Nicht im Handel



Sonderdruck aus  
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»  
Band 150 · 2014 · Heft 11

---

Stämpfli Verlag AG Bern

## Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013

Veröffentlicht in Band 139

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern<sup>1,2</sup>

### Inhaltsübersicht

- |      |   |                 |
|------|---|-----------------|
| I.   | Kettenmietverträge; Gesetzesumgehung bzw. Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB; Art. 255 OR)  | BGE 139 III 145 |
| II.  | Geschäftsmietvertrag; Wirkungen der Übertragung des Mietverhältnisses auf einen Dritten auf einen bestehenden Untermietvertrag (Art. 262 und Art. 263 OR)   | BGE 139 III 353 |
| III. | Kündigung einer (angeblichen) Familienwohnung; Beweislastverteilung; Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB; Art. 266n und Art. 266o OR)  | BGE 139 III 7   |
| IV.  | Mietzinserhöhung wegen Mehrleistungen des Vermieters; Verteilung der Kosten von wertvermehrenden Investitionen auf die einzelnen Wohnungen bei einer umfassenden Renovation des gesamten Gebäudes; Ermessen des Vermieters (Art. 269a lit. b OR; Art. 14 VMWG; Art. 74 BGG) | BGE 139 III 209 |

<sup>1</sup> Das Manuskript wurde am 28. Juli 2014 abgeschlossen.  
Ich danke meiner Assistentin Fabienne-Joëlle Tröhler, MLaw, für die Mithilfe bei den Vorbereitungsarbeiten sowie für die konstruktiv-kritische Durchsicht des Textes.

<sup>2</sup> In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht; CR = Commentaire Romand; KUKO = Kurzkomentar) und bezogen auf die neusten Auflagen zitiert. Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: DAVID LACHAT *et al.*, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zit.: LACHAT/AUTOR/IN); Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (zit.: SVIT-KOMMENTAR), 3. Aufl., Zürich 2008; FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (éditeurs), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (zit.: CPRA BAIL-AUTOR/IN); RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2. Aufl. Zürich 2007; MAJA BLUMER, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/3, hrsg. von Wolfgang Wiegand, Basel 2012 (zit.: SPR-BLUMER).

- V. Anfechtung des Anfangsmietzins; Orts- und Quartierüblichkeit; Beweislast für die Missbräuchlichkeit (Art. 8 ZGB; Art. 269, Art. 269a lit. a und Art. 270 OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) BGE 139 III 13
- VI. Wann beginnt die Frist für die Anfechtung einer Kündigung oder für das Einreichen eines Erststreckungsbegehrens zu laufen (Art. 273 OR)? 4A\_471/2013
- VII. Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Handelsgericht und Mietgericht bei einer Streitigkeit um die Kündigung von Geschäftsräumlichkeiten (Art. 6, Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) BGE 139 III 457
- VIII. Mieterausweisung; summarisches Verfahren; Verstoss einer kantonalen Bestimmung gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts, welche die Mieterausweisung allgemein dem summarischen Verfahren zuweisen will (Art. 248 lit. a i. V. m. Art. 250 ZPO; Art. 248 lit. b i. V. m. Art. 257 ZPO) BGE 139 III 38
- IX. Säumnis des klagenden Mieters vor der Schlichtungsbehörde; Verweigerung der Wiederherstellung; Rechtsmittel (Art. 271 f. OR; Art. 148 f., Art. 206 Abs. 1, Art. 308 ZPO) BGE 139 III 478
- X. Kein Recht eines bei einem Mieterverband angestellten Anwalts, Mieter vor Bundesgericht zu vertreten (Art. 40 Abs. 1 BGG; Art. 68 Abs. 2 ZPO; Art. 8 BGFA) BGE 139 III 249
- XI. Weitere Urteile mit Bezug zum Mietrecht (Hinweise) BGE 139 III 120  
BGE 139 III 182  
BGE 139 III 190
- XII. Schlussbemerkungen

# I. Kettenmietverträge; Gesetzesumgehung bzw. Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB; Art. 255 OR)

*BGE 139 III 145 (4A\_609/2012) = Pra 2013 Nr. 96 S. 743 ff.*

Gegenstand des ersten hier zu besprechenden Urteils bildete eine Frage von grosser mietrechtlicher Brisanz. Zu befinden hatte das Bundesgericht über die Zulässigkeit von Kettenmietverträgen (vgl. zu diesem Entscheid JEAN-MARC SIEGRIST, Validité des contrats en chaîne: les droits des locataires sont-ils garantis?, Newsletter mai 2013 [abrufbar unter [Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

bail/2013\_Newsletter\_Mai/4\_13\_mai\_analyse\_4A\_609\_2012.pdf]; DERS., DB [2013], 15 ff.; BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 354).

Im Arbeitsrecht ist die Problematik von sogenannten Kettenverträgen seit Langem bekannt. Von Kettenverträgen spricht man dann, wenn die Parteien nicht ein unbefristetes, auf Kündigung gestelltes Vertragsverhältnis eingehen, sondern mehrere befristete Verträge, die jeweils ohne Kündigung enden (vgl. für das Arbeitsrecht Art. 334 Abs. 1 OR), aneinanderhängen. Problematisch sind solche Kettenverträge im Arbeitsrecht, weil das Gesetz zugunsten der Arbeitnehmer zahlreiche Schutzbestimmungen kennt, die an die Länge des Arbeitsverhältnisses anknüpfen (vgl. etwa Art. 324a OR betreffend Dauer der Lohnfortzahlungspflicht oder Art. 335c OR betreffend Länge der Kündigungsfrist). Bei Kettenarbeitsverträgen besteht die Gefahr, dass diese Schutzbestimmungen durch die Aneinanderreihung von kurzen befristeten Verträgen ausgehebelt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis erlaubt es das schweizerische Arbeitsrecht zwar grundsätzlich, mehrere Verträge auf bestimmte Dauer aneinanderzureihen. Eine Grenze findet die Zulässigkeit solcher Kettenarbeitsverträge aber in Art. 2 Abs. 2 ZGB: Sind Kettenverträge durch keinen objektiven Grund gerechtfertigt und bezwecken sie die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen oder soll mit ihnen verhindert werden, dass dem Arbeitnehmer Rechte erwachsen, welche eine bestimmte Minimaldauer des Arbeitsverhältnisses voraussetzen, so sind sie wie ein einheitlicher unbefristeter Vertrag zu betrachten (BSK OR I-PORTMANN, Art. 334 N 8, m. Nw.; siehe auch BGE 139 III 145 E. 4.1 S. 146, m. Nw.).

Im Mietrecht ist die Problematik von Kettenverträgen ähnlich gelagert (SIEGRIST, Newsletter, Ziff. III. 1.; ähnlich auch BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 6). Bei einem unbefristeten Vertrag ist der Mieter in aller Regel rechtlich bessergestellt als bei der Aneinanderreihung von befristeten Mietverträgen von kurzer Dauer. Der wichtigste – aber bei Weitem nicht alleinige – Unterschied besteht beim Kündigungsschutz (weitere Beispiele finden sich in BGE 139 III 145 E. 4.2.3 S. 148 ff.). Die Kündigung eines unbefristeten Mietverhältnisses kann der Mieter anfechten, wenn er sie für treuwidrig hält (Art. 271 f. OR). Bei einem befristeten Mietverhältnis, das ja ohne Kündigung endet (Art. 266 Abs. 1 OR), steht ihm diese Möglichkeit nicht offen. In der Praxis bedeutsam wird dies insbesondere, wenn der Mieter Rechte aus dem Mietverhältnis wahrnehmen will. Bei der Aneinanderreihung

kurzer befristeter Mietverträge wird der Mieter dies kaum wagen, weil er befürchten muss, dass der Vermieter ihm den Abschluss eines weiteren Vertrages verweigern wird. Bei einem unbefristeten Mietverhältnis dagegen kann sich der Mieter gegebenenfalls gegen eine Kündigung gestützt auf Art. 271a lit. a OR zur Wehr setzen. Ähnlich verhält es sich, wenn der Mieter gegen den Vermieter prozessual vorgehen will. Bei einem unbefristeten Vertrag bestehen diesfalls Schutzmechanismen gegen eine Kündigung (Art. 271a lit. d und e OR). Bei einem (kurzen) befristeten Mietvertrag dagegen kann sich der Mieter nicht wehren, wenn ihm der Vermieter in einer solchen Situation die Verlängerung des Mietverhältnisses verweigert. Kurz: Mit der Aneinanderreihung von befristeten Mietverträgen von nicht allzu langer Dauer kann der Vermieter zwingenden Mieterschutzbestimmungen entgehen (BGE 139 III 145 E. 4.2.4 S. 151). Dies wirft die Frage auf, wie Kettenmietverträgen rechtlich zu begegnen ist.

Im vorliegenden Fall präsentierte sich die Sachlage wie folgt: Die Vermieter hatten ursprünglich mit einem der in den Prozess involvierten Mieter und einer andern Person im Jahr 2004 einen Mietvertrag über eine 4½-Zimmer-Wohnung in Genf für ein Jahr abgeschlossen. Nachdem diese andere Person die Wohnung vor Ablauf der Mietdauer verlassen hatte, wollte der verbleibende Mieter mit einer neuen Mitmieterin zusammen das Mietverhältnis fortsetzen. Daraufhin schlossen die Parteien einen neuen befristeten Vertrag für die Dauer von zwei Jahren (d. h. bis Ende Januar 2007), wobei den Mietern das Recht eingeräumt wurde, den Vertrag bereits auf das Ende des ersten Jahres zu kündigen. Alle betroffenen Wohnungsinhaber kamen aus Spanien und arbeiteten in der Schweiz bei einem Unternehmen, das Arbeitsverträge nur jeweils für ein Jahr anbot. In der Folge gingen die Parteien einen weiteren Mietvertrag für die Zeit vom 1. Februar 2007 bis 31. Januar 2009 ein. Anschliessend boten die Vermieter einen neuen Vertrag für ein Jahr an, schlossen aber eine weitere Verlängerung aus. Auf Drängen der Mieter willigten die Vermieter in einen Vertrag bis Ende Juni 2010 ein, da die Mieter vorgaben, auf diesen Zeitpunkt hin nach Spanien zurückkehren zu wollen. In Wirklichkeit beabsichtigten die beiden Wohnungsinhaber, in der Schweiz zu bleiben. Der Mieter hatte in der Zwischenzeit eine unbefristete Stelle als Informatiker bei einer Bank angetreten, die Mitmieterin dagegen arbeitete weiter auf ihrer befristeten Stelle, bis sie im Juni 2010 arbeitslos wurde. Im Frühling 2010 verlangten die Mieter eine Weiterführung

des Mietverhältnisses, was die Vermieter jedoch mit der Begründung ablehnten, die Wohnung sei jemandem anderem versprochen worden. Daraufhin gelangten die Mieter an die Schlichtungsbehörde und anschliessend an die kantonalen Gerichte. Sie beantragten, es sei ein unbefristetes Mietverhältnis festzustellen; subsidiär sei das Mietverhältnis um vier Jahre zu erstrecken. Die Vermieter beantragten die Abweisung beider Begehren und verlangten widerklageweise die Ausweisung der Mieter.

Vor erster Instanz führte die Mitmieterin aus, sie bevorzuge bei der Verwaltung ihres Immobilienparkes in Genf («dans la gestion de son parc immobilier» [sic!]) den Abschluss befristeter Mietverhältnisse. Das lasse ihr am Ende der Mietdauer die Wahl, einen neuen Mietvertrag zu schliessen oder auch nicht. Sie schlage dabei nicht systematisch den Abschluss eines neuen Mietvertrages vor. Massgebend für den Abschluss eines neuen Mietvertrages (mit den bisherigen Mietern) seien verschiedene Kriterien, so z. B. ob Renovationsarbeiten durchzuführen seien oder ob Dritte Interesse an einer Wohnung hätten. Im Jahr 2009 habe es verschiedene Mieterwechsel gegeben, da sie Wohnungen an Freunde ihrer Kinder vermietet habe, die ein kleines Einkommen hätten und gerne im Quartier wohnen würden.

Beide kantonalen Instanzen kamen zum Schluss, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Mietverhältnis bestehe, und wiesen das Ausweisungsbegehren der Vermieter ab. Dagegen wehrten sich die Vermieter mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht mit Erfolg.

Zur Begründung hielt das Bundesgericht nach einer Rückschau auf ein paar wenige frühere – nicht amtlich publizierte – Fälle (BGE 139 III 145 E. 4.2.1 S. 147 f.) im Wesentlichen fest, dass Kettenmietverträge grundsätzlich nicht unzulässig seien, da sie das Gesetz nicht verbiete, auch wenn solche Kettenmietverträge dem Vermieter gewichtige Vorteile bieten würden. Vorbehalten bleibe die Gesetzesumgehung («sous réserve d'une fraude à la loi»). Wer die Anwendung der umgangenen Norm beanspruche – wie in casu die Mieter –, müsse das Vorliegen einer Gesetzesumgehung belegen. Die Grenze zwischen der auf Konsens beruhenden Wahl einer gesetzlich zulässigen Konstruktion und dem Missbrauch dieser Freiheit, der für eine Gesetzesumgehung erforderlich sei, sei nicht leicht zu ziehen. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Gesetzesumgehung vorliege oder nicht, müssten alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden (BGE 139 III 145 E. 4.2.4 S. 151).

Die Vorinstanz hatte sich für die restriktive Zulässigkeit von Kettenmietverträgen ausgesprochen. Dafür sei ein objektiv schützenswertes Interesse des Vermieters erforderlich. Besondere Strenge sei erforderlich, wenn der Mieter unter der Praxis des Vermieters leide und nur wegen der Wohnungsnot der Aneinanderreihung von befristeten Mietverträgen zustimme. In casu hätten die Vermieter keine schützenswerten Gründe für ihr Verhalten, das ihrer Politik bei der Verwaltung ihrer Immobilien entspreche, darlegen können (BGE 139 III 145 E. 4.3.1 S. 151 f.). Diesen Erwägungen erteilte das Bundesgericht eine klare Absage. Das Gesetz verlange keine besondere Begründung für den Abschluss von befristeten Mietverträgen. Vielmehr müsse dargelegt werden, dass der Vermieter den Willen gehabt habe, die zwingenden Regeln des Mietrechts zu umgehen. Die Beweislast liege beim Mieter; der Vermieter müsse kein schützenswertes Interesse am Abschluss befristeter Mietverträge nachweisen (BGE 139 III 145 E. 4.3.2 S. 152 f.).

Zum konkreten Fall führte das Bundesgericht im Wesentlichen aus, die ursprünglichen befristeten Mietverträge seien (auch) im Interesse der Mieter gewesen, die nur befristete Arbeitsstellen in der Schweiz innehatten. Erst beim letzten Mietvertrag hätten die Mieter einen auf zwei Jahre befristeten, aber verlängerbaren Mietvertrag gewünscht. Kurz darauf hätten sie jedoch (fälschlicherweise) erklärt, Ende Juni 2010 nach Spanien zurückkehren zu wollen und daher einen Mietvertrag bis zu diesem Zeitpunkt zu benötigen. Im guten Glauben auf die Richtigkeit dieser Aussage hätten die Vermieter deshalb einem neuen Vertrag bis dahin zugestimmt. Dies lasse nicht darauf schliessen, dass die Vermieter eine Umgehung der zwingenden Mieterschutzbestimmungen beabsichtigt hätten. Die Vorinstanz habe sich zu stark auf die (notorische) Wohnungsnot in Genf und auf die Erklärung der Vermieter fokussiert, sie würden bei der Verwaltung ihrer Immobilien generell befristete Mietverträge bevorzugen. Unbestreitbar seien dies Elemente, welche Indizien für eine Gesetzesumgehung bilden würden. Bei einer Würdigung aller Umstände reiche dies aber im konkreten Fall nicht aus, anzunehmen, die Vermieter hätten die zwingenden Mieterschutzbestimmungen umgehen wollen (BGE 139 III 145 E. 4.3.3 S. 153 f.).

Demgemäss hielt das Bundesgericht (am 26. Februar 2013!) fest, dass das Mietverhältnis am 30. Juni 2010 ausgelaufen sei. Da die Mieter vor Bundesgericht das (von den kantonalen Instanzen naturge-

mäss nicht behandelte) Eventualbegehren um Erstreckung des Mietverhältnisses um vier Jahre nicht erneuert (sondern bloss die Abweisung der Beschwerde beantragt) hatten, musste sich das Bundesgericht mit dem Erstreckungsbegehren nicht befassen. Im Übrigen – so das Bundesgericht – hätten die Mieter faktisch bereits von einer Erstreckung von mehr als zwei Jahren profitiert (in BGE 139 III 145 nicht publizierte E. 5). Unverständlicherweise wies dann aber das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese über das Ausweisungsbegehren der Vermieter befinde. Konsequenterweise hätte das Bundesgericht dieses Begehren selber gutheissen müssen.

Der Entscheid dürfte von grösserer Tragweite sein, als man auf den ersten Blick denkt (tendenziell wohl a. M. SIEGRIST, Newsletter, Ziff. III. 5.). Er ist in verschiedener Hinsicht unbefriedigend.

Die infrage stehende Umgehung von zwingenden Mieterschutzbestimmungen prüft das Bundesgericht in Anlehnung an seine Rechtsprechung zu Kettenverträgen im Arbeitsrecht (BGE 129 III 618 E. 6.2 S. 624) im Wesentlichen – ohne dies allerdings genau zu sagen (BGE 139 III 145 E. 4.1 S. 146 i. V. m. der nicht publizierten E. 3) – *unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs* (Art. 2 Abs. 2 ZGB; zur Diskussion in der Lehre, ob die Gesetzesumgehung methodologisch als Fall der Rechtsanwendung nach Art. 1 ZGB oder als Rechtsmissbrauchsproblem gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB zu betrachten ist, vgl. die Nachweise in der in BGE 139 III 145 nicht publizierten E. 3). Die blossе Aneinanderreihung von mehreren Mietverträgen über eine Dauer von jeweils zwei Jahren und am Schluss von rund eineinhalb Jahren braucht nicht missbräuchlich zu sein. Rechtsmissbrauch ist die Ausnahme und bedarf der besonderen Begründung. Nun hat jedoch das Bundesgericht im Mietrecht in den letzten Jahren in etlichen andern Fallkonstellationen (oft – wenn auch nicht nur – zugunsten der Vermieter) und nicht immer überzeugend einen Rechtsmissbrauch bejaht (vgl. etwa BGE 139 III 7 und dazu hinten Ziff. III.; BGE 138 III 123 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV [2013], 876 ff., 877 ff., sowie BGE 138 III 401 und dazu TH. KOLLER, a. a. O., 901 ff.). Dass nun gerade hier zulasten der Mieter ein Rechtsmissbrauch verneint wird, der immerhin von zwei Vorinstanzen bejaht wurde, ist schon für sich nicht unproblematisch.

Dies gilt umso mehr, als die Interessenabwägung des Bundesgerichts im konkreten Fall nicht zu überzeugen vermag. Was braucht es denn für eine Gesetzesumgehung mehr als Vermieter, die in einer

Stadt mit notorischer Wohnungsnot wie Genf Wohnungen weit überwiegend (wenn nicht ausschliesslich) befristet auf relativ kurze Dauer vermieten, um sich nach Ablauf der Mietdauer jegliche Wahlfreiheit offenzuhalten? *Mit einer solchen Vermieterpolitik lässt sich praktisch das gesamte schweizerische Mietrecht mit all seinen im Interesse der Mieter aufgestellten Schutzbestimmungen unterlaufen.* Wenn dieses Beispiel Schule macht (Pandora lässt grüssen!), würde sich der Charakter des schweizerischen Mietrechts grundlegend ändern. *Es gäbe daher sogar gute Gründe, Kettenmietverträge – von besonderen Situationen abgesehen – grundsätzlich als unzulässig zu betrachten* (so BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 6; ähnlich, wenn auch weniger apodiktisch LACHAT/THANEI, Kap. 24/3.11, und CR CO I-LACHAT, Art. 255 N 6; ebenfalls kritisch gegenüber Kettenverträgen, aber differenzierender CPRA BAIL-BOHNET/DIETSCHY, Art. 255 N 9; grundlegend a. M. demgegenüber SVIT-KOMMENTAR, Art. 255 OR N 20, SPR-BLUMER, Rz. 327, und ZK-HIGI, Art. 266 OR N 42). Wenn man nicht so weit gehen will, müsste wenigstens rascher eine Gesetzesumgehung angenommen werden, als es das Bundesgericht hier tut.

Findige Vermieter scheinen ohnehin immer mehr Wege zu suchen, um die Schutzbestimmungen des Mietrechts leerlaufen zu lassen. So sollen offenbar in der Praxis immer mehr Vermieter den Mietinteressenten den Abschluss eines bloss befristeten Mietvertrages anbieten, um testen zu können, wie sich diese verhalten. Erst wenn der Mieter während der Dauer des befristeten Vertrages keine Rechte geltend macht, die ihm das Gesetz einräumt, stimmen solche Vermieter der stillschweigenden Verlängerung (und damit der Umwandlung des befristeten in ein unbefristetes Mietverhältnis gemäss Art. 266 Abs. 2 OR) zu (vgl. zu diesem eindrücklichen Beispiel aus der Praxis SIEGRIST, Newsletter, Ziff. III. 4.). *Das kommt der Einführung einer «Probezeit im Mietrecht» gleich.* Im Kampf gegen solche und weitere Erosionen des sozialen Mietrechts setzt das hier besprochene Urteil leider ein schlechtes Zeichen.

Nicht überzeugend sind auch die vom Bundesgericht aufgeführten angeblichen Interessen der Mieter an den ursprünglichen befristeten Mietverhältnissen, weil deren Arbeitsverhältnisse ebenfalls befristet waren (unkritisch diesbezüglich SIEGRIST, Newsletter, Ziff. III. 2.). Diesen Interessen hätten die Parteien durch den Abschluss von unbefristeten Mietverträgen mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten (Art. 266c OR) hinreichend Rechnung tragen können. Sogar

ein vorzeitiger Auszug i. S. v. Art. 264 OR wäre für die Mieter eine günstige Lösung gewesen, da diese in Genf ohne Weiteres zumutbare Ersatzmieter hätten finden können. Auch den Umstand, dass die Mieter beim letzten Mietvertragsabschluss wahrheitswidrig gesagt hätten, sie würden Ende Juni 2010 nach Spanien zurückkehren, wird man ihnen nicht leichthin anlasten dürfen. Das lässt sich als Notlüge interpretieren, weil sonst die Vermieter den letzten Vertrag nur für ein Jahr statt für rund eineinhalb Jahre abgeschlossen hätten. Insgesamt wird man beim Lesen des Urteils den Eindruck nicht los, dass das Bundesgericht der besonderen Lage von Mietern in einer Stadt mit grosser Wohnungsknappheit, denen der Vermieter bloss den Abschluss befristeter Mietverträge anbietet und denen kaum etwas anderes übrig bleibt, als dem zuzustimmen, in keiner vernünftigen Weise Rechnung trägt.

Fraglich ist, was die Folgen gewesen wären, wenn das Bundesgericht in casu eine Gesetzesumgehung bejaht hätte. Wird eine Gesetzesumgehung angenommen, so ist der Fall nach der Norm zu beurteilen, die umgangen werden sollte (in BGE 139 III 145 nicht publizierte E. 3, m. Nw.). *Bei einem Kettenmietvertrag, dessen Fortdauer im Streit steht, würde dies wohl heissen, dass von einem unbefristeten Vertrag auszugehen ist*, wie es im vorliegenden Fall die kantonalen Instanzen getan haben. Dieser würde dann, da die Vermieter hier (verständlicherweise) keine Kündigung ausgesprochen hatten, weiterdauern. Gegen eine spätere Kündigung hätten sich die Mieter gestützt auf Art. 271a lit. e OR zur Wehr setzen können. Mit dem Sieg vor Bundesgericht blieben die Vermieter von alldem verschont.

## II. Geschäftsmietvertrag; Wirkungen der Übertragung des Mietverhältnisses auf einen Dritten auf einen bestehenden Untermietvertrag (Art. 262 und Art. 263 OR)

*BGE 139 III 353 (4A\_37/2013) = Pra 2014 Nr. 38 S. 267 ff. = mp (2013), 288 ff.*

Die Y. AG betrieb ab 1. April 2000 in Genf in gemieteten Räumlichkeiten ein Restaurant. Am 6. Februar 2003 schloss sie mit der Z. SA, die in einer benachbarten Liegenschaft ebenfalls Restaurants führte, über einen 32 m<sup>2</sup> umfassenden Lagerraum einen Untermiet-

vertrag ab. Im Jahr 2004 übertrug die Z. SA diesen Untermietvertrag mit Zustimmung der Y. AG auf die A. Sàrl sowie auf H. B. und F. B.

Mit Vertrag vom 23. Februar 2009 übertrug die Y. AG ihrerseits den Hauptmietvertrag mit Zustimmung der Vermieterin auf die X. SA, welche ab 1. März 2009 das entsprechende Restaurant führte. Die Untermieter waren mit der Vorstellung, dass neu die X. SA anstelle der Y. AG Untervermieterin werde, nicht einverstanden. Daraus entstand eine gewisse Konfusion. Daraufhin kündigten die Y. AG und die X. SA mit separaten Schreiben vom 22. Oktober 2009 den Untermietvertrag auf den 31. Januar 2010. Nachdem die Untermieter vom Anwalt der Y. AG mit Schreiben vom 4. Oktober 2010 (sic!) über den Übergang des Obermietverhältnisses orientiert worden waren, überwiesen sie ab diesem Zeitpunkt die Mietzinsen an die X. SA.

Gegen die beiden Kündigungen des Untermietvertrages setzten sich die Untermieter zur Wehr. Zur Hauptsache machten sie die Nichtigkeit der Kündigungen geltend. Eventualiter fochten sie die Kündigungen als missbräuchlich an; subeventualiter verlangten sie eine Erstreckung um sechs Jahre. Die Schlichtungsbehörde erachtete die Kündigung der Y. AG, nicht aber diejenige der X. SA, als gültig und erstreckte das Mietverhältnis um sechs Jahre. Im Gegenzug erachtete das erste kantonale Gericht die Kündigung der X. SA, nicht aber diejenige der Y. AG, als gültig und gewährte eine Erstreckung von drei Jahren. Die zweite kantonale Instanz bestätigte dieses Urteil. Vor Bundesgericht blieben die Untermieter ohne Erfolg (vgl. zu diesem Urteil MARINO MONTINI, Qu'advient-il du bail de sous-location en cas de transfert du bail principal?, Newsletter août 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/13\\_aout\\_analyse\\_4A\\_37\\_2013\\_01.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/13_aout_analyse_4A_37_2013_01.pdf)]; DERS., DB [2013], 21 f.; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2014], 38 ff., 45; BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 354; zu den nicht amtlich publizierten Erwägungen auch MARIANNE SCHAUB-HRISTIC, Mietrecht: Häufige Erstreckungsdauer bei gleichwertiger Interessenlage, dRSK vom 25. Juni 2014 [abrufbar unter [http://glossa.weblaw.ch/public\\_preview.php?glossa\\_id=891&lang=de](http://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?glossa_id=891&lang=de)]).

Die Wirksamkeit der umstrittenen Kündigung setzt voraus, dass sie vom Vermieter ausging. Zu prüfen war daher, wer im Zeitpunkt der Kündigung neben den Untermietern Partei des Untermietvertrages war. Das Bundesgericht führte im Wesentlichen aus, die X. SA als Übernehmerin des Obermietvertrages habe sich gegenüber den Untermietern wie eine Untervermieterin verhalten und die Untermieter

hätten, wenn auch erst nach Zugang der Kündigung, die Mietzinsen an die X. SA bezahlt. Daraus sei zu schliessen, dass zwischen den Beschwerdeführern und der X. SA ein neuer Untermietvertrag geschlossen worden sei. Daher sei die X. SA und nicht mehr die Y. AG zur Kündigung berechtigt gewesen. Demgemäss war die Beschwerde in Zivilsachen insoweit abzuweisen (BGE 139 III 353 E. 2.1 S. 354 ff.). In den nicht amtlich publizierten Erwägungen (E. 2.2 und E. 2.3) verwarf das Bundesgericht sodann noch die Rügen der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe zum einem zu Unrecht die Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint und zum andern zu Unrecht keine Erstreckung von sechs Jahren gewährt (kritisch zur Erwägung über die Erstreckung SCHAUB-HRISTIC, a. a. O., allerdings in Verkennung der Prozesslage).

Die amtlich publizierten Erwägungen des Bundesgerichts wirken (leider) relativ verschlungen. Zum Teil mag das auf den eher konfuse Sachverhalt zurückzuführen sein (dem man z. B. entnehmen muss, dass die Untermieter erst rund ein Jahr nach Zugang der Kündigungsschreiben vom Anwalt der früheren Untervermieterin offiziell über den Übergang des Obermietverhältnisses auf die X. SA orientiert wurden). Dass das Bundesgericht in Übereinstimmung mit den beiden kantonalen Instanzen aufgrund der konkreten Umstände die X. SA als neue Untervermieterin und damit als zur Kündigung legitimiert betrachtete, ist nicht zu beanstanden (gl. M. MONTINI, Newsletter, Ziff. III.; DERS., DB [2013], 22 Ziff. 11). Nur ist dann das Urteil banal und hätte nicht amtlich publiziert werden sollen. *In der Amtlichen Sammlung sind bloss Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung zu veröffentlichen* (Art. 58 Abs. 1 des Reglements für das Bundesgericht vom 20. November 2006; BGerR; SR 173.110.131). Von einem Entscheid von grundsätzlicher Bedeutung kann hier jedoch nicht die Rede sein.

Grundlegend anders würde es sich verhalten, wenn das Bundesgericht zum Schluss gekommen wäre, die X. SA und die Untermieter hätten keinen neuen Untermietvertrag geschlossen. *Dann wäre zu entscheiden gewesen, was mit einem Untermietvertrag geschieht, wenn der Obermietvertrag auf einen Dritten übertragen wird* (z. B. wie hier gemäss Art. 263 OR, allenfalls auch gemäss Art. 121 ZGB oder Art. 32 PartG). Das wäre eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung mit interessanten Facetten. Im hier besprochenen Urteil finden sich dazu ein paar Andeutungen, die nicht unproblematisch sind.

Zutreffend ist, dass der Untervermieter nach der Übertragung des Obermietvertrages auf einen Dritten nicht mehr in der Lage ist,

dem Untermieter die Sache zum Gebrauch zu überlassen. Heikel aber ist es, wenn das Bundesgericht weiter andeutet, der Untermieter müsse daher die Sache zurückgeben und könne gegebenenfalls Schadenersatzansprüche wegen teilweiser Nichterfüllung gegen den Untervermieter geltend machen (BGE 139 III 353 E. 2.1.2 S. 355 f.). Dies würde bedeuten, dass der Untermietvertrag nicht auf den Übernehmer übergeht, falls die Parteien dies nicht ausdrücklich – wohl in einem tripartiten Vertrag (d. h. mit Zustimmung des Untermieters) – vereinbaren. Das wäre indessen nicht sachgerecht. *Den schützenswerten Interessen des Untermieters wäre mehr gedient, wenn der Untermietvertrag bei einer Übertragung des Obermietvertrages ex lege auf den neuen Obermieter übergehen würde.* Man könnte dies z. B. mit einer analogen Anwendung von Art. 261 OR begründen, alternativ auch damit, dass der Übernehmer den Platz des vormaligen Mieters einnehme oder daher alle Rechte und Pflichten auf ihn übergehen würden (dazu allgemein CPRA BAIL-BISE/PLANAS, Art. 263 N 66; KUKO OR-BLUMER, Art. 263 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 263 N 6; übertragen auf die hier interessierende Konstellation von MONTINI, Newsletter, Ziff. III., und DERS., DB [2013], 22 Ziff. 11). Eine solche Lösung würde den Übernehmer nicht benachteiligen und den Untermieter angemessen schützen. Die gegenteilige Lösung, welche den Untermieter zum Verlassen des Mietobjekts zwingt und ihn bloss auf Schadenersatzansprüche gegen den früheren Mieter verweist, wäre dagegen ziemlich «missbrauchsanfällig» (gl. M. MONTINI, Newsletter, Ziff. III.; DERS., DB [2013], 22 Ziff. 11). Zu hoffen bleibt, dass die erwähnten (überflüssigen) Andeutungen des Bundesgerichts in künftigen Fällen nicht bereits als Weichenstellung für eine solche nicht sachgerechte Lösung gedeutet werden.

### III. Kündigung einer (angeblichen) Familienwohnung; Beweislastverteilung; Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB; Art. 266n und Art. 266o OR)

*BGE 139 III 7 (4A\_313/2012) = Pra 2013 Nr. 65 S. 492 ff. = mp (2013), 134 ff.*

A. X. und ihre Mutter B. X. waren seit dem 1. Juli 1993 Mieterinnen einer Dreizimmerwohnung. B. X. wohnte nie in der Wohnung

und hatte den Mietvertrag bloss unterzeichnet, um dem Vermieter eine Art Sicherheit für ihre Tochter zu bieten. Während des laufenden Mietverhältnisses heiratete A. X. den M., wobei Letzterer den Familiennamen von A. X. annahm. Die Ehegatten lebten gemeinsam in der infrage stehenden Wohnung, bevor M. X. an einem unbekannten Datum die eheliche Wohnung wieder verliess, um mit einer Freundin zusammenzuleben. Am 19. Mai 2009 kündigten die Vermieter das Mietverhältnis gegenüber A. X. und B. X. wegen Eigenbedarfs, wobei die Mieterinnen die ihnen per Einschreiben zugesandten Schriftstücke nicht in Empfang nahmen. Mit Eingabe vom 20. Juli 2009 an die Schlichtungsbehörde beantragten A. X., B. X. und M. X., es sei die Nichtigkeit der Kündigung festzustellen, da die Kündigung dem M. X. nicht zugestellt worden sei; eventualiter sei das Mietverhältnis um vier Jahre zu erstrecken. Die Vermieter verlangten im Gegenzug die Ausweisung der Mieterinnen. Sie machten geltend, es handle sich nicht mehr um eine Familienwohnung, da M. X. die Wohnung verlassen habe, und das Erstreckungsgesuch sei verspätet eingereicht worden. Nachdem keine Einigung zustande gekommen war, hatten sich die beiden kantonalen Instanzen und das Bundesgericht mit der Sache zu befassen. M. X. stellte vor der ersten Instanz keine Anträge; vor der zweiten Instanz und vor Bundesgericht war er im Verfahren als Partei nicht beteiligt. Die beiden Mieterinnen blieben vor allen Instanzen ohne Erfolg (vgl. zum hier diskutierten Urteil MARINO MONTINI, Logement familial: fardeau de la preuve du caractère familial du logement, Newsletter janvier 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets\\_bail/2013\\_Newsletter\\_Janvier/13\\_janvier\\_Analyse\\_4A\\_313\\_2012.pdf](http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2013_Newsletter_Janvier/13_janvier_Analyse_4A_313_2012.pdf)] DERS., DB [2013], 24 f.; STEPHAN WOLF/DANIEL THUT, ZBJV [2014], 637 ff., 642 ff.; THOMAS GEISER, AJP [2014], 395 ff., 395 f.; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2013], 40 ff., 49; BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 355).

Die Beschwerdeführerinnen rügten vor Bundesgericht – soweit hier von Interesse – zwei Punkte. Zum einen warfen sie der Vorinstanz vor, diese habe Art. 8 ZGB verletzt, indem sie ihnen die Beweislast dafür aufgebürdet habe, dass es sich bei der gemieteten Wohnung im Zeitpunkt der Kündigung um eine Familienwohnung gehandelt habe. Zum andern machten die Mieterinnen eine Verletzung von Art. 266n und Art. 266o OR geltend; gemäss Rechtsprechung verliere eine Wohnung den Charakter einer Familienwohnung nicht unbedingt, wenn die Ehegatten nicht mehr zusammenleben würden.



Zur ersten Rüge befand das Bundesgericht, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt habe. Im Regelfall müsse der Vermieter die Kündigung nur an den Mieter richten (Art. 266l OR). Die Bestimmung über die Kündigung einer Familienwohnung (Art. 266n OR) bilde eine Ausnahme. *Daher sei es zutreffend, den Mieterinnen die Beweislast für das Vorliegen einer Familienwohnung zuzuweisen* (BGE 139 III 7 E. 2.2 S. 10 f.). Zur zweiten Rüge führte das Bundesgericht aus, gemäss Rechtsprechung verliere eine Wohnung den Charakter einer Familienwohnung, wenn der vom Gesetz geschützte Ehegatte oder eingetragene Partner die Wohnung aus eigenem Antrieb definitiv oder auf unbestimmte Dauer verlasse (BGE 139 III 7 E. 2.3.1 S. 11 f., unter Hinweis auf BGE 136 III 257 E. 2.1 S. 259; zu letzterem Urteil vgl. STEPHAN WOLF/DEBORAH SCHMUKI, ZBJV [2011], 716 ff., 724 f.). Gemäss Feststellungen der kantonalen Instanzen habe der Ehemann von A. X. die Wohnung definitiv verlassen; ausserdem sei er am Verfahren desinteressiert gewesen. Durch den Umstand, dass M. X. keine Kündigung zugestellt worden sei, seien die Mieterinnen in ihren Interessen nicht verletzt worden. Zudem würden sie sich auf das Interesse eines Dritten berufen, der sich am Verfahren völlig desinteressiert gezeigt habe. Sie würden sich damit völlig zweckwidrig auf eine Schutznorm berufen, was einen Rechtsmissbrauch darstelle (BGE 139 III 7 E. 2.3.2 S. 12 f.).

Im Ergebnis kann diesem Urteil selbstverständlich beigepröflichtet werden. Aber auch nach mehrmaliger intensiver Lektüre der verschlungen wirkenden, hier nur verkürzt wiedergegebenen Erwägungen bleibe ich irgendwie ratlos zurück (anders offenbar – jedenfalls zum Teil – die oben erwähnten Autorinnen und Autoren, die über das Urteil ebenfalls berichten). Nach allem, was man dem Urteil entnehmen kann, handelte es sich bei der infrage stehenden Wohnung im Zeitpunkt der Kündigung offenkundig nicht mehr um eine Familienwohnung. *Ist aber der massgebende Sachverhalt erstellt, so stellt sich die Frage der Beweislastverteilung nicht.* Denn bei der Beweislastverteilung geht es darum, zu entscheiden, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Das Bundesgericht hätte sich daher zur Beweislastverteilung gar nicht äussern müssen. Ebenso unnötig waren die Bemerkungen, die Mieterinnen würden sich unzulässigerweise auf Drittin-teressen berufen und zudem rechtsmissbräuchlich handeln. Es hätte genügt, festzuhalten, dass die Kündigung mit Zustellung der Kündigungserklärung an die beiden Mieterinnen wirksam war, weil die

Wohnung den Charakter einer Familienwohnung längst verloren hatte (gl. M. WOLF/THUT, a. a. O., 645; ähnlich GEISER, a. a. O., 395 f.). Der Fall ist denn im Grunde auch völlig banal, hätte in einer Dreierbesetzung entschieden werden können und wäre nicht amtlich zu publizieren gewesen.

Man kann nur vermuten, dass das Bundesgericht diesen Fall als «Aufhänger» verwenden wollte, um gewisse Grundaussagen zu von ihm als wichtig eingestuften Fragen machen zu können. Dann allerdings wären die Erwägungen problematisch.

a) Die Ausführungen zur Beweislastverteilung sind nach meinem Dafürhalten zu apodiktisch. So könnte man sich fragen, ob es wirklich in allen Fallkonstellationen richtig ist, die Beweislast für das Vorliegen einer Familienwohnung dem Mieter zuzuweisen. Diese Beweislastverteilung ist sicher sachgerecht, wenn die Wohnung ursprünglich keine Familienwohnung war, die Mieterin aber geltend macht, die Wohnung sei später zur Familienwohnung geworden. In diesem Fall leitet die Mieterin aus einem behaupteten Wechsel der Lebenssituation Rechte ab, weshalb es sich auch rechtfertigt, ihr die Beweislast für diesen Wechsel aufzubürden. Anders könnte man dies jedoch sehen, wenn eine Wohnung von Anfang an als Familienwohnung vermietet wird. *Diesfalls wäre es angezeigt, den Vermieter die Beweislast dafür tragen zu lassen, dass die Wohnung im Zeitpunkt der Kündigung den Charakter als Familienwohnung verloren hatte.* Was SCHWANDER für das Verhältnis unter den Eheleuten (oder Partnern) ausführt (BSK ZGB I-SCHWANDER, Art. 169 N 10: «Steht fest, dass es sich anfänglich um eine Familienwohnung gehandelt hat, ist die Beweislast derjenigen Partei zuzuordnen, die den Wegfall dieses Charakters bzw. eines Rechtsschutzbedürfnisses behauptet.»), liesse sich auf das Verhältnis zwischen dem Vermieter und den Wohnungsinhabern übertragen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die *soziale Untersuchungsmaxime* im Kündigungsschutzverfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c i. V. m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Zwar entbindet diese Maxime die Prozessparteien nicht von der Beweisführung und von den Folgen der Beweislosigkeit, falls der Beweis misslingt. Aber immerhin besteht doch eine Pflicht der Gerichte, die beweisbelastete Partei im Rahmen der Prozessleitung zu unterstützen, wenn eine (angebliche) Familienwohnung im Streit steht. *Jedenfalls dürfen die Gerichte nicht leichthin auf Beweislosigkeit schliessen*, sondern müssen die Parteien gegebenenfalls auffordern, zusätzliche Beweise anzubieten (vgl. dazu sehr

eindrücklich das Urteil des Bundesgerichts 4C.441/2006 vom 23. März 2007, besprochen von THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV [2009], 821 ff., 829 ff.). Der Beweis für die Existenz oder Nichtexistenz einer Familienwohnung dürfte denn auch in der Praxis meist erbracht werden können, selbst wenn dabei z. B. «kosovarische Verkehrssitten über die Anschrift von Klingelschildern» (Ausdruck nach HANS BÄTTIG, MRA [2013], 49 ff., 56, im Zusammenhang mit dem Urteil des Bundesgerichts 4C.441/2006 vom 23. März 2007) im Streit stehen.

b) Die – in casu völlig überflüssige – Bemerkung des Bundesgerichts, die Mieterinnen würden sich rechtsmissbräuchlich verhalten, erweckt einmal mehr grundsätzliche Bedenken. An sich sollte die Rechtsmissbrauchsschranke generell – so auch im Mietrecht – hoch angesetzt werden, wie es das Bundesgericht früher getan hat (siehe dazu als Beispiele etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.441/2006 vom 23. März 2007 [dazu einlässlich KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 830 ff.] sowie das Urteil des Bundesgerichts 4C.59/2003 vom 26. Mai 2003, E. 7.1 [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV {2004}, 483 ff., 496 ff.]). In neuerer Zeit zeichnet sich allerdings – leider – ein Trend in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab, meist den Mietern, seltener einem Vermieter, zunehmend ein rechtsmissbräuchliches Verhalten anzulasten (siehe dazu als Beispiele etwa BGE 138 III 401 [kritisch dazu THOMAS KOLLER, ZBJV {2013}, 876 ff., 901 ff.]; 137 III 208 [kritisch dazu THOMAS KOLLER, ZBJV {2013}, 21 ff., 43 f.]; 137 III 547 [kritisch dazu a. a. O., 59 ff.]; 134 III 446 [kritisch dazu THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV {2010}, 57 ff., 68 ff.]). Auf diese Weise wird das Institut des Rechtsmissbrauchs arg strapaziert. Mit Art. 2 Abs. 2 ZGB werden «von der Rechtsordnung objektiv vorgegebene Rechtsansprüche in der Durchsetzung gegenüber Rechtsgenossen unter dem Gesichtspunkt der Fairness *situativ relativiert*» (BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB, N 41). Das ruft nach einer zurückhaltenden Anwendung dieser Bestimmung. Weniger Regress auf den Rechtsmissbrauch und mehr «gewöhnliche» Rechtsanwendung wäre daher – gerade auch im Mietrecht – vorzuziehen.

c) Ganz besonders heikel sind die Erwägungen des Bundesgerichts, die Mieterinnen seien durch die fehlende Kündigung gegenüber dem Ehegatten von A. X. in ihren Interessen nicht verletzt und würden sich bloss auf Drittinteressen berufen. *Wörtlich genommen würde dies heissen, dass sich nur der Nichtmieterhegatte, nicht aber der Mie-*

*terehegatte auf die Nichtigkeit der Kündigung gemäss Art. 266o i. V. m. Art. 266n OR berufen kann. Das wäre eine grundlegende Praxisänderung.* Im Urteil des Bundesgerichts 4C.441/2006 vom 23. März 2007 etwa hatte sich auch nur der Mieter gegen die Kündigung mit dem Einwand gewehrt, es handle sich um eine Familienwohnung, weshalb die Kündigung nichtig sei. Seine Ehefrau hatte sich am Verfahren nicht beteiligt. Dort und auch in andern Fällen (vgl. dazu bereits etwa BGE 115 II 361) hat das Bundesgericht dem Mieterhegatten nicht das Recht abgesprochen, den Schutz von Art. 266n OR geltend zu machen. Im Gegenteil hat es früher ausdrücklich festgehalten, beim Schutz der Familienwohnung gegen eine Kündigung durch den Vermieter *komme es nicht darauf an, ob der Nichtmieterhegatte selber klage, sich als Nebenintervenient konstituiere oder gar dem Prozess fernbleibe* (BGE 115 II 361 E. 4c S. 365, noch zum alten Mietrecht). Bloss dem Nichtmieterhegatten das Recht zuzusprechen, sich auf die Nichtigkeit zu berufen, wäre denn auch nicht sachgerecht. Die Nichtigkeit einer Kündigung ist *sogar von Amtes wegen zu beachten* (BSK OR I-WEBER, Art. 266o N 2; CPRA BAIL-MONTINI, Art. 266n N 9 und Art. 266o N 6; SVIT-KOMMENTAR, Art. 266l–266o N 24; SPR-BLUMER, Rz. 811; ZK-HIGI, Art. 266o N 6; PERMANN, Art. 266o N 2; CR CO I-LACHAT, Art. 266n N 6 und Art. 266o N 3) und muss «ungeteilt» wirken. Auf eine «Teilung» bzw. Relativierung der Nichtigkeit liefe es aber faktisch hinaus, wenn nur dem Nichtmieterhegatten, nicht aber dem Mieterhegatten der Nichtigkeitseinwand zugestanden würde (faktisch also Letzterem gegenüber die Kündigung wirksam wäre). Zu Recht wird denn auch in der Lehre ausgeführt, jeder der Ehegatten bzw. Partner könne sich auf die Nichtigkeit der Kündigung berufen (CPRA BAIL-BARRELET, Art. 266n N 12; implizit ebenso CPRA BAIL-MONTINI, Art. 266o N 27). Im Übrigen würde eine solche «Teilung» der Nichtigkeit dem Vermieter praktisch auch nichts nützen, wenn nur der Mieterhegatte am Prozess beteiligt ist, der Nichtmieterhegatte sich aber (auch) in der Wohnung aufhält. Denn wenn der Vermieter den Prozess gegen den Mieterhegatten gewinnen würde, hätte er damit noch keinen Vollstreckungstitel zur Ausweisung des Nichtmieterhegatten (siehe grundlegend dazu das Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 1999, in: SJ 2000 I 6 ff. und mp [2000], 36 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 266m/266n N 8 und Art. 267 N 3; LACHAT/ZAHRADNIK, Kap. 31/8.3, m. w. Nw.; CPRA BAIL-BARRELET, Art. 266n N 13; KUKO OR-BLUMER, Art. 266l–266o N 7; CHK-P. HEINRICH,

Art. 267–267a N 4; MURIEL BARRELET, La protection du conjoint et du partenaire non signataires du bail, in: 17<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2012, 115 ff., 147 Rz. 104); in einem weiteren Prozess gegen den Nichtmieterehegatten müsste dann der Vermieter immer noch damit rechnen, dass die Nichtigkeit der Kündigung geltend gemacht wird.

Kurz: Der konkrete Fall wäre einfach zu lösen gewesen, die Begründung des Bundesgerichts aber ist mehr als problematisch. Erstaunlich ist allerdings auch die lange Verfahrensdauer vor den kantonalen Instanzen (nicht jedoch vor Bundesgericht), die beinahe drei Jahre benötigt haben, um diesen banalen Fall zu entscheiden.

#### IV. Mietzinserhöhung wegen Mehrleistungen des Vermieters; Verteilung der Kosten von wertvermehrenden Investitionen auf die einzelnen Wohnungen bei einer umfassenden Renovation des gesamten Gebäudes; Ermessen des Vermieters (Art. 269a lit. b OR; Art. 14 VMWG; Art. 74 BGG)

*BGE 139 III 209 (4A\_727/2012) = Pra 2014 Nr. 3 S. 22 ff. = MRA (2014), 17 ff. = mp (2013), 220 ff.*

Mietzinserhöhungen können unter anderem mit Mehrleistungen des Vermieters, so etwa mit wertvermehrenden Investitionen, begründet werden (Art. 269a lit. b OR; Art. 14 VMWG). Wird ein Gebäude, das mehrere Mietobjekte aufweist, umfassend renoviert, so stellt sich die Frage, wie diese wertvermehrenden Investitionen bei der Berechnung der zulässigen Mietzinserhöhung auf die verschiedenen Objekte aufzuteilen sind. Das hier besprochene Urteil hat dieses Problem zum Gegenstand.

Die Vermieterin hatte den für die Mietzinserhöhung auf der gesamten Liegenschaft zulässigen Betrag *nach der Anzahl der Zimmer* auf die einzelnen Wohnungen verteilt. Das erstinstanzliche Gericht verweigerte diesem Verteilschlüssel seine Zustimmung. Es setzte die insgesamt zulässige Mietzinserhöhung *ins Verhältnis zu den vor der Renovation auf der ganzen Liegenschaft erzielten Nettomietzinseinnahmen*. Mit diesem Verteilschlüssel entfiel auf die hier betroffene

Mieterin eine wesentlich niedrigere Mietzinserhöhung. Die obere kantonale Instanz schützte dieses Vorgehen mit der Begründung, die Vorinstanz habe damit den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten. Gegen dieses Urteil setzte sich die Vermieterin mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht erfolgreich zur Wehr (vgl. zum hier diskutierten Entscheid MARTIN SOHM, MRA [2014], 17 ff.; JULIEN BROQUET, Libre choix du bailleur dans la méthode de répercussion du coût des travaux à plus-value sur les loyers, Newsletter juillet 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/2\\_13\\_juillet\\_analyse\\_4A\\_727\\_2012\\_02.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/2_13_juillet_analyse_4A_727_2012_02.pdf)]; DERS., DB [2013], 30 f.; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2014], 38 ff., 42 f.; BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 358).

Da der Streitwert den Betrag von Fr. 15 000.– nicht erreichte (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG), musste das Bundesgericht zunächst entscheiden, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stelle (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG); sonst hätte es auf die Beschwerde nicht eintreten können. Das Bundesgericht hat dies bejaht. Das Gesetz regle nicht, wie die Kosten wertvermehrender Investitionen bei einer umfassenden Renovation auf die einzelnen Mietobjekte aufzuteilen seien. Gemäss Rechtsprechung könne die Verteilung nach verschiedenen Methoden erfolgen, so nach den bei Stockwerkeigentum massgebenden Grundsätzen, nach der Wohnfläche, nach dem Volumen, im Verhältnis zur Zimmerzahl oder im Verhältnis zu den vor der Renovation bezahlten Nettomietzinsen (BGE 139 III 209 E. 1.2 S. 211, m. Nw.). Bei der Wahl des Verteilschlüssels würden die Gerichte über einen breiten Ermessensspielraum verfügen. Allerdings bestünden gewisse Unklarheiten. *Insbesondere stelle sich die Frage, ob der Richter den Verteilschlüssel frei wählen könne oder ob er sich darauf beschränken müsse, zu prüfen, ob der vom Vermieter gewählte Verteilschlüssel angemessen sei.* Das sei eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (BGE 139 III 209 E. 1.2 S. 211 f.).

In der Sache selber führte das Bundesgericht aus, die Zulässigkeit des Mietzinses beurteile sich für das konkrete Mietobjekt und nicht nach der Rendite, die das ganze Gebäude abwerfe. Aus dem Umstand, dass sich keiner der verschiedenen erwähnten Verteilschlüssel a priori aufdränge, müsse geschlossen werden, dass die Wahl in erster Linie dem Vermieter zustehe. Nur wenn der Verteilschlüssel aus der Mietzinserhöhungsanzeige des Vermieters nicht hervorgehe oder wenn der vom Vermieter gewählte Verteilschlüssel unhaltbar sei,

habe das Gericht nach Ermessen die Verteilung vorzunehmen. *Sonst aber dürfe der Richter die Verteilung der Investitionskosten unter den betroffenen Mietern nicht nach seinem Gutdünken vornehmen.* Insbesondere sei es nicht zulässig, den vom Vermieter angewandten Verteilschlüssel durch einen andern Verteilschlüssel mit der Begründung zu ersetzen, dieser sei für den Mieter angemessener und vorteilhafter, wie dies in casu das erstinstanzliche Gericht getan habe. Einer solchen Argumentation müsse mit Vorsicht begegnet werden, wenn keiner der zulässigen Verteilschlüssel die Mieter an sich begünstige, sondern jeder den einen gegenüber dem andern Mieter bevorzuge. Zudem gehe es nicht darum, einen Verteilschlüssel zu finden, der für den die Mietzinserhöhung anfechtenden Mieter günstiger sei, sondern einen, der nicht zu einem missbräuchlichen Mietzins führe (BGE 139 III 209 E. 2.1 S. 212 f.).

Dem Urteil kann ohne Weiteres zugestimmt werden (ebenso SOHM, a. a. O., 24 ff.; BROQUET, Newsletter, Ziff. III.; DERS., DB [2013], 30 f.). Wird eine Liegenschaft umfassend renoviert, so bereitet schon die Abgrenzung zwischen blossen Unterhaltskosten und wertvermehrenden Investitionen Schwierigkeiten. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VMWG sieht daher vor, dass bei umfassenden Überholungen in der Regel 50 bis 70% der Kosten als wertvermehrende Investitionen gelten. Diese Norm wird als (widerlegbare) Vermutung interpretiert (BGE 118 II 415 E. 3a S. 417; BSK OR I-WEBER, Art. 269a N 12; SVIT-KOMMENTAR, Art. 269a N 70; CPRA BAIL-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 70; PERMANN, Art. 269a N 15; ZK-HIGI, Art. 269a N 381; zurückhalten-der wohl LACHAT/BRUTSCHIN, Kap. 19/5.1.6) und beinhaltet eine Pauschalierung mit relativ breitem Ermessensspielraum, die sich unter anderem aus Praktikabilitätsgründen rechtfertigen lässt. Ähnliches lässt sich für die Wahl des Verteilschlüssels sagen. Jeder der anerkannten Verteilschlüssel hat seine Vor- und Nachteile. Letztlich gilt es bei dieser Verteilung (ebenfalls) eine angemessene Lösung dort zu finden, wo eine exakte Aufteilung von Kosten auf die einzelnen Mietobjekte nicht möglich ist oder mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre. Dass die Wahl des Verteilschlüssels grundsätzlich dem Vermieter zusteht und sich die Gerichte auf eine bloss Unangemessenheitsprüfung zu beschränken haben, ist daher sachgerecht. Dabei versteht es sich aber von selbst, dass eine – nach welcher Methode auch immer ermittelte – pauschale Aufteilung der Kosten wertvermehrender Investitionen auf alle Mietobjekte nur insoweit infrage

kommt, als auch alle Mietobjekte von den Investitionen profitieren (so z. B. bei Fassaden- oder Dachsanierungen). Die Kosten wertvermehrender Investitionen, die nur einzelnen Mietobjekten zugutekommen (wie z. B. der Einbau von neuen Küchen in nur einem Teil der Wohnungen), sind konkret auf die betroffenen Objekte umzulegen (SOHM, a. a. O., 24; BROQUET, DB [2013], 31 Ziff. 7; DERS., Newsletter, Ziff. III.).

Zum Schluss noch eine Bemerkung zu den im konkreten Fall im Streit stehenden beiden Verteilschlüsseln: Die erste Instanz erachtete eine Aufteilung im Verhältnis zu den vor der Renovation bezahlten Mietzinsen als sachgerechter, während die Vermieterin die Aufteilung nach der Zimmerzahl vornehmen wollte. Um verlässlich beurteilen zu können, welcher Verteilschlüssel wirklich angemessener ist, müsste man die Umstände genau kennen. Meines Erachtens bestehen aber zumindest bei grösseren Liegenschaften gewisse grundsätzliche Bedenken gegen den von der ersten Instanz gewählten Verteilschlüssel. Man wird davon ausgehen dürfen, dass in solchen Liegenschaften langjährige Mieter für ähnliche Wohnungen tendenziell niedrigere Mietzinsen bezahlen werden als später eingezogene Mieter. Der Verteilschlüssel, der sich am Verhältnis der bezahlten Mietzinsen orientiert, benachteiligt diesfalls die neueren Mieter und verstärkt die Ungleichheiten zwischen den Mietern (ähnlich auch SVIT-KOMMENTAR, Art. 269a N 83; dort auch mit einem – hier nicht zu diskutierenden – Vorschlag zu einem weiteren Ausgleich von Mietzinsdifferenzen). Die Annahme, die bisherigen Mietzinse entsprächen in ihrem gegenseitigen Verhältnis den Wertunterschieden der einzelnen Objekte (Urteil des Bundesgerichts vom 17. April 1989, E. 6b, publiziert in mp [1990], 203 ff.; dazu SVIT-KOMMENTAR, Art. 269a N 83), ist in solchen Situationen vielfach nicht zutreffend. Zwar verstösst ein solcher Ausgleich unter den Mietern genau genommen gegen das Prinzip der relativen Berechnungsmethode von Mietzinserhöhungen im laufenden Mietverhältnis. Aber insbesondere bei grösseren Liegenschaften mit vielen Wohnungen kommt nach meinem Dafürhalten Bestrebungen zum Abbau von Ungleichbehandlungen von Mietern auch ein gewisser Stellenwert zu (ansatzweise wohl ebenso BROQUET, Newsletter, Ziff. III. in fine). Der Vermieter selber wird auf diese Weise nicht bevorzugt, da er die Investitionskosten insgesamt nur einmal umlegen kann. So gesehen scheint der von der Vermieterin in casu gewählte Verteilschlüssel sachgerechter zu sein. Daher wäre

es interessant gewesen zu erfahren, worauf die erste kantonale Instanz ihre gegenteilige Auffassung gestützt hatte.

- V. Anfechtung des Anfangsmietzinses; Orts- und Quartierüblichkeit; Beweislast für die Missbräuchlichkeit (Art. 8 ZGB; Art. 269, Art. 269a lit. a und Art. 270 OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO)

*BGE 139 III 13 (4A\_491/2012) = Pra 2013 Nr. 105  
S. 813 ff. = MRA (2013), 15 ff. = mp (2013), 22 ff.*

Dem Vernehmen nach wird dieses Urteil in Vermieterjuristenkreisen in Anspielung auf das Entscheiddatum (6. Dezember 2012) etwas böseartig und natürlich nur gesprächsweise als «Samichlaus-Urteil» bezeichnet. Allein schon diese Bezeichnung lässt ahnen, dass es in diesem Fall um etwas mietrechtlich Wichtiges ging und dass das Ergebnis der Vermieterseite sehr ungelegen kommt.

Zur Debatte stand die Anfechtung eines Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR. Die formellen Voraussetzungen für eine Anfechtung des Anfangsmietzinses durch die Mieter waren erfüllt, da die Vermieterin den Mietzins gegenüber dem früheren Mietzins um 43,6% erhöht hatte. Damit wurde die vom Bundesgericht festgesetzte Erheblichkeitsschranke von 10% (BGE 136 III 82 E. 3.4 S. 89, m. Nw.; dazu THOMAS KOLLER, ZBJV [2011], 969 ff., 987 ff.) bei Weitem übertroffen. Begründet hatte die Vermieterin die Mietzinserhöhung zunächst auf einem offiziellen Formular mit der *Anpassung des Mietzinses an die Orts- und Quartierüblichkeit* (Art. 269a lit. a OR). Später hatte die Vermieterin auf einem zweiten Formular zusätzlich noch geltend gemacht, sie habe die Wohnung beim Mieterwechsel umfassend renoviert und dabei Fr. 51 000.– investiert.

Bei dieser Sachlage war gestützt auf Art. 269 und Art. 269a OR zu prüfen, ob der neue Mietzins missbräuchlich war oder nicht. Die zweite Begründung, mit welcher die Vermieterin die Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem früheren Mietzins untermauern wollte, liess das Bundesgericht dabei allerdings aus formellen Gründen nicht gelten. Die Vermieterin berufe sich hier neben der Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit gemäss Art. 269a lit. a OR auch auf wertvermehrnde Investitionen gemäss Art. 269a lit. b OR. *Damit vermi-*

*sche sie Elemente der Marktmiete (Art. 269a lit. a OR) mit jenen der Kostenmiete (Art. 269a lit. b OR), was sich widersprechen würde. Diese Begründung sei daher nichtig* (BGE 139 III 13 E. 3.1.2 S. 15, unter Hinweis auf BGE 121 III 6 E. 3b und E. 3c S. 8 ff.). Die Begründung auf dem ersten Formular hingegen war gemäss Bundesgericht formell gültig (Art. 269d Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 270 Abs. 2 OR; BGE 139 III 13 E. 3.1.2 S. 15). *Unter diesen Umständen war der angefochtene Anfangsmietzins ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Orts- und Quartierüblichkeit zu prüfen.* Etwas anderes hätte bloss gegolten, wenn die Mieter ihrerseits eine Überprüfung des Mietzinses unter einem anderen Gesichtspunkt verlangt hätten (BGE 139 III 13 E. 3.1.2 S. 16, unter Hinweis auf BGE 121 III 364 E. 4b S. 367), etwa indem sie eine übersetzte Nettorendite gemäss Art. 269 OR geltend gemacht hätten (vgl. zum Recht des Mieters, sich gegen die Anpassung des Mietzinses an die Orts- und Quartierüblichkeit mit dem Einwand der übersetzten Nettorendite zur Wehr zu setzen, BGE 124 III 310). Dies war hier indessen nicht der Fall. Hinzu kommt, dass das infrage stehende Gebäude im Jahr 1961 gebaut worden war und dass bei solch alten Liegenschaften mangels hinreichender Unterlagen eine übersetzte Nettorendite nicht ermittelt werden kann. Bei derartigen Gebäuden gilt daher gemäss Rechtsprechung der orts- und quartierübliche Mietzins nicht als missbräuchlich, ohne dass eine Überprüfung des Mietzinses anhand einer Nettorenditenberechnung zu erfolgen hat (BGE 139 III 13 E. 3.1.2 S. 16 f., m. Nw.).

Der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses ist ausserordentlich schwer zu erbringen und gilt gemeinhin als «sehr dorniges Unterfangen» (THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2010], 39 ff., 47; zu den Anforderungen an diesen Beweis im Einzelnen vgl. etwa CPRA BAIL-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 12 ff.). An sich könnte die Beweisführung unter Berücksichtigung von Statistiken erfolgen (Art. 11 Abs. 4 VMWG). In der Praxis wird dies mangels hinreichend differenzierter und anerkannter statistischer Unterlagen allerdings kaum je möglich sein (siehe dazu etwa CPRA BAIL-BOHNET/BROQUET, Art. 269a N 25, und BGE 123 III 317 E. 4c cc S. 324, m. Hw.). Im Vordergrund steht daher in aller Regel – und so auch hier – die Ermittlung der Orts- und Quartierüblichkeit aufgrund von Mietzinsen für andere Wohn- oder Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (Art. 11 Abs. 1 VMWG). Das Bundesgericht verlangt

für einen solchen konkreten Vergleich *mindestens fünf Objekte, die diesen Anforderungen genügen* (BGE 136 III 74 E. 3.1 S. 80; 123 III 317 E. 4a S. 319, m. Nw.).

Im hier diskutierten Fall war die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass von den sieben von der Vermieterin präsentierten Wohnungen nur zwei den Anforderungen an die Vergleichbarkeit genügen würden. Die Mieter ihrerseits hatten keine Vergleichsobjekte in den Prozess eingebracht. Der Beweis für die Orts- und Quartierüblichkeit (oder -unüblichkeit!) war damit nicht erbracht. *Daher stellte sich die Frage, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe.* In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre vertrat die Vorinstanz die Auffassung, bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses liege die Beweislast für die Missbräuchlichkeit beim Mieter. Konsequenterweise hatte sie die Klage der Mieter abgewiesen.

Das Bundesgericht sah dies im Ergebnis anders und hiess die Beschwerde in Zivilsachen der Mieter gut (vgl. zu diesem Urteil BEAT ROHRER, MRA [2013], 15 ff.; PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial: fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels du quartier ou de la localité dans la formule officielle pour justifier la hausse du loyer, Newsletter février 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/13\\_fevrier\\_Analyse\\_4A\\_491\\_2012\\_02.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/13_fevrier_Analyse_4A_491_2012_02.pdf)]; DERS., DB [2013], 28 ff.; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2013], 40 ff., 46 f.; BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 357 f.). Zwar hielt auch das Bundesgericht unter Berufung auf die bundesrätliche Botschaft zur Mietrechtsrevision und auf die herrschende Lehre zunächst als Grundsatz fest, *dass bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses die Beweislast für die Missbräuchlichkeit beim Mieter liege* (dazu ausführlich BGE 139 III 13 E. 3.1.3.1 und 3.1.3.2 S. 17 ff.). Diesen Grundsatz schränkte es abschliessend aber mit folgender Begründung wesentlich ein:

Im vorliegenden Fall sei der angefochtene im Vergleich zum früheren Mietzins um mehr als 43% angehoben worden. Es sei allgemein bekannt, dass der massgebende Referenzzinssatz seit 1. Februar 2000 von 4,5% auf 2,25% am 2. Juni 2012 gesunken sei. Die jährliche Teuerung habe seit 2001 nie mehr als 1,2% betragen. Eine Ausnahme bilde das Jahr 2008; das sei jedoch durch das Jahr 2009, in dem die Teuerung negativ gewesen sei, ausgeglichen worden. *Die aktuelle wirtschaftliche Entwicklung würde somit eine derartige Mietzinserhöhung nicht rechtfertigen. Die Mietzinserhöhung sei daher mit gros-*

*ser Sicherheit («très certainement») missbräuchlich* (BGE 139 III 13 E. 3.1.4 S. 19).

*Bei dieser Sachlage obliege der Vermieterin der Gegenbeweis («contre-preuves»), d. h. diese habe aufzuzeigen, dass es sich um einen Ausnahmefall handle und der angefochtene Anfangsmietzins trotz dem ersten Anschein («malgré les apparences») nicht missbräuchlich sei.* Nach Treu und Glauben müsse die an sich nicht beweisbelastete Vermieterin bei der Beweiserhebung mitwirken und alle in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen liefern, die erforderlich seien, um die Richtigkeit des von ihr im offiziellen Formular geltend gemachten Erhöhungsgrundes festzustellen. *Dies ergebe sich auch aus der dem Mietrecht zugrunde liegenden sozialen Untersuchungsmaxime* (Art. 274d Abs. 3 aOR; Art. 243 Abs. 2 lit. c i. V. m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Pflicht der Vermieterin zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung sei erst recht gerechtfertigt («trouve tout son sens»), wenn der Mietzins wie hier um mehr als 10% angehoben werde (BGE 139 III 13 E. 3.2 S. 20, m. Nw.).

Das Bundesgericht hielt sodann fest, dass die Vermieterin nicht genügend Vergleichsobjekte vorgebracht habe, und kam zum Schluss: «Partant, la baillesse n'est pas parvenue à prouver que le loyer initial incriminé restait dans les limites des loyers usuels. On en reste ainsi à la constatation que, dans la conjoncture actuelle, une augmentation massive du loyer initial par comparaison avec celui que versait le locataire précédent ne saurait se justifier, de sorte que la preuve de l'abus est apportée» (BGE 139 III 13 E. 3.4 S. 22).

In der Folge setzte das Bundesgericht den zulässigen Anfangsmietzins selber fest, und zwar mangels hinreichender Unterlagen für die Ermittlung der Orts- und Quartierüblichkeit auf den Betrag, den der frühere Mieter bezahlt hatte (BGE 139 III 13 E. 3.5.2 S. 23).

In der Literatur ist dieser Entscheid zum Teil auf vehemente Kritik gestossen, insbesondere bei ROHRER. Er wirft dem Bundesgericht im Wesentlichen vor, *es habe elementare Prinzipien der Rechtsordnung in krasser Weise missachtet* (ROHRER, a. a. O., 29). Die Beweislast für die behauptete Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses müsse, wie der Bundesrat in der Botschaft zur Mietrechtsrevision ausdrücklich festgehalten habe, den Mieter treffen. Da die Aussagen in der Botschaft den Willen des Parlaments für seine Entscheidungen massgeblich beeinflussen würden, komme ihnen bei der Beurteilung von Auslegungs- und anderen Rechtsfolgen, die sich in konkreten

Anwendungsfällen stellen, eine erhöhte Bedeutung zu. Die übertrieben hohen Anforderungen, welche an den Nachweis der orts- und quartierüblichen Verhältnisse gestellt würden, hätten dazu geführt, dass dieses Kriterium faktisch aus dem Gesetz eliminiert worden sei. Da bezüglich dieser Beweisforderungen keine Unterschiede gemacht werden könnten, ob sie nun vom Vermieter oder vom Mieter erfüllt werden müssten, habe das Bundesgericht in bewundernswerter Kreativität schon in der Vergangenheit stets Mittel und Wege gefunden, entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers dem Vermieter den Nachweis aufzuerlegen, wonach der Anfangsmietzins nicht missbräuchlich sei (ROHRER, a. a. O., 24 f.). Das Bundesgericht habe aus der rein prozessualen Regel der sozialen Untersuchungsmaxime eine Umkehr der Beweislast im Zusammenhang mit der Anfechtung des Anfangsmietzins konstruiert (ROHRER, a. a. O., 26). Wenn es als stossend empfunden werde, dass der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit kaum erbracht werden könne, so seien die Anforderungen an den Nachweis dieser Verhältnisse auf ein vernünftiges Mass zu reduzieren. Sollten andererseits die aktuelle Rechtsordnung und die Folgen ihrer gesetzlichen Anwendung aus sozialpolitischen Gründen als unerwünscht erachtet werden, sei es nur und ausschliesslich Sache des Gesetzgebers, Abhilfe zu schaffen. Das Bundesgericht schade seinem Ansehen, *wenn es sich in rechtsstaatlich bedenklicher Weise über den Wortlaut des Gesetzes und über die unter anderem aus den Materialien gewonnenen, in der herrschenden Lehre anerkannten und in früheren Entscheiden selber als massgebend erachteten Wertungen und Erkenntnisse hinwegsetze*, wie es dies mit dem kommentierten Entscheid getan habe (ROHRER, a. a. O., 29).

Zurückhaltender in seiner Kritik ist CONOD. Im Wesentlichen leitet er aus dem hier diskutierten Entscheid ab, dass die Beweislast für die Nichtmissbräuchlichkeit beim Vermieter liege, wenn er bei einem Mieterwechsel den Mietzins um mehr als 10% erhöhe. Der Vorteil dieser Rechtsprechung liege darin, dass Mieter gegen Vermieter effizient geschützt würden. Der Nachteil aber sei, dass ein Vermieter nach einer langjährigen Vermietungsphase bei einer Neuvermietung den bisher lächerlich niedrigen Mietzins nicht deutlich und berechtigterweise erhöhen könne (CONOD, Newsletter, Ziff. III.). Zudem wirft er dem Bundesgericht noch einen weiteren Punkt vor: Eine Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR sei formell nur möglich, wenn der neue gegenüber dem früheren Miet-

zins massiv, gemäss Rechtsprechung um mindestens 10%, erhöht werde. Diese Schranke der Zulässigkeit für eine Mietzinsanfechtung vermische das Bundesgericht mit der materiellen Prüfung der Anfechtung (CONOD, DB [2013], 28 Ziff. 8 f., unter Hinweis auf ISABELLE SALOMÉ DAÏNA, CdB [2013], 20).

Der hier skizzierte Entscheid gibt zu folgenden Bemerkungen Anlass:

a) Man kann es drehen und wenden, wie man will: Zwar hält das Bundesgericht ausdrücklich – und soweit ersichtlich erstmals (ähnlich CONOD, Newsletter, Ziff. III.) – fest, dass bei einer Anfechtung des Anfangsmietzinses grundsätzlich den Mieter die Beweislast für die Missbräuchlichkeit treffe. Effektiv auferlegt es die Beweislast aber doch dem Vermieter, indem es ihn die Folgen der Beweislosigkeit tragen lässt. *Faktisch hat es damit eine Beweislastumkehr stipuliert* (gl. M. ROHRER, a. a. O., 26), auch wenn es dies mit unklaren beweisrechtlichen Erwägungen zu kaschieren versucht. Zum einen spricht es von einer Pflicht des Vermieters zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung («ce devoir du bailleur de collaborer à l'administration des preuves» [vgl. etwa BGE 139 III 13 E. 3.2 in fine S. 20]). Zum andern führt es aber aus, dem Vermieter obliege der Gegenbeweis («la bailleresse a le devoir d'apporter des contre-preuves» [BGE 139 III 13 E. 3.2 am Anfang S. 20]). Das stellt mehr dar als eine blossе Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Noch zentraler jedoch ist ein anderer Punkt. Der Gegenbeweis zeichnet sich dadurch aus, dass mit ihm bloss Zweifel des Gerichts an der Wahrheit der tatsächlichen Behauptung der beweisbelasteten Partei geweckt werden müssen. *Mit dem Gegenbeweis muss die Gegenbehauptung nicht bewiesen werden; es genügt bereits, wenn der Hauptbeweis erschüttert ist* (BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 66 f.). Im vorliegenden Fall aber hat das Bundesgericht den vollen Beweis der Vermieterin für die Nichtmissbräuchlichkeit des angefochtenen Mietzinses verlangt, indem es ausführte, der Vermieterin sei es nicht gelungen, zu beweisen, dass sich der angefochtene Mietzins in den Schranken der Orts- und Quartierüblichkeit bewege. *Damit bürdet das Bundesgericht der Vermieterin effektiv nicht einen Gegenbeweis, sondern einen vollen Beweis auf*. Dies setzt entweder eine Umkehr der Beweislast voraus (womit ein *Hauptbeweis* zu erbringen ist) oder das Vorliegen einer gesetzlichen Vermutung («présomption légale»), die mit dem *Beweis des Gegenteils* («preuve contraire») widerlegt werden kann (vgl. zu diesem Mechanismus etwa BK-WALTER,



Art. 8 ZGB N 70; zum – sehr feinen – Unterschied zwischen blosser Beweislastumkehr und gesetzlicher Vermutung BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 376).

b) Überraschend kommt diese Beweislastumkehr nicht. Dass die Beweislast für die Orts- und Quartierüblichkeit grundsätzlich beim Vermieter liegt, war letztlich schon in andern Fällen vorgezeichnet. So hat das Bundesgericht – allerdings im Zusammenhang mit einer Mietzinserhöhung durch den Vermieter im laufenden Mietverhältnis – etwa allgemein ausgeführt: «S'agissant tout d'abord du fardeau de la preuve, il devra être supporté par la partie qui invoque le critère des loyers du marché, soit le bailleur en règle générale» (BGE 127 III 411 E. 5a S. 414). Noch näher bei der hier interessierenden Problematik liegen die Fälle, in denen sich die Mieter gegen eine Ertragsoptimierungskündigung gewehrt haben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine solche Kündigung durch den Vermieter an sich nicht missbräuchlich, d. h. ein Vermieter darf eine Wohnung mit der Begründung kündigen, er wolle sie teurer weitervermieten. Allerdings darf der höhere Mietzins, den der Vermieter von einem neuen Mieter verlangen will, nicht missbräuchlich sein. In solchen Fällen hielt das Bundesgericht zwar formell fest, der die Kündigung anfechtende Mieter trage die Beweislast dafür, dass der vom Vermieter bei der Neuvermietung anvisierte höhere Mietzins – nach der absoluten Methode ermittelt – nicht missbräuchlich sei. Faktisch aber wies es bereits auch in diesen Fällen die Beweislast für die Orts- und Quartierüblichkeit des angestrebten höheren Mietzinses dem Vermieter zu (vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A\_472/2007 vom 11. März 2008 und dazu THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV [2010], 57 ff., 73 f.; ähnlich auch THOMAS KOLLER, ZBJV [2011], 969 ff., 986). So gesehen ist das hier besprochene Urteil im Grunde nur die konsequente Fortführung der allgemeinen Rechtsprechung zur Orts- und Quartierüblichkeit von Mietzinsen.

c) Fraglich bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Beweislastumkehr zum Tragen kommt. Gilt sie stets, wenn sich der Mieter auf Art. 270 Abs. 1 lit. b OR (erhebliche Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem früheren Mietzins) beruft, oder gilt sie bloss, wenn zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind? Dazu äussert sich das Bundesgericht in casu nicht ausdrücklich. Nicht besonders hilfreich ist in diesem Zusammenhang die Bemerkung des Bundesgerichts, die Pflicht des Vermieters, an der Beweiserhebung mitzuwirken,

«...trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier, comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10% par rapport à l'ancien loyer» (BGE 139 III 13 E. 3.2 in fine S. 20; zu den verschiedenen Versuchen, diese etwas dunkle Wendung präzise auf Deutsch zu übersetzen, siehe Pra 2013 Nr. 105 S. 813 ff., 819, MRA [2013], 15 ff., 22, und mp [2013], 22 ff., 30). Eine Erhöhung des Mietzinses um mindestens 10% ist erforderlich, damit der Mieter gestützt auf Art. 270 Abs. 1 lit. b OR überhaupt zur Anfechtung des Anfangsmietzinses berechtigt ist. Fällt die Erhöhung niedriger aus, so kann der Mieter den Anfangsmietzins bloss unter den – relativ restriktiven – Voraussetzungen von Art. 270 Abs. 1 lit. a OR (persönliche Notlage oder Verhältnisse auf dem örtlichen Mietmarkt) anfechten. Bedeutet dies nun, dass den Vermieter bei jeder formell zulässigen Anfechtung des Anfangsmietzinses gestützt auf Art. 270 Abs. 1 lit. b OR die Beweislast für Orts- und Quartierüblichkeit des neuen Mietzinses trifft?

Sicher lässt sich dies nicht sagen. Denn in casu hat das Bundesgericht ja zusätzlich ausgeführt, die konjunkturelle Entwicklung im massgebenden Zeitraum lasse eine Mietzinserhöhung von mehr als 43% als ungerechtfertigt erscheinen. Die Mietzinserhöhung sei daher mit Sicherheit («très certainement») missbräuchlich (BGE 139 III 13 E. 3.1.4 in fine S. 19), weshalb der Vermieter an der Beweiserhebung mitzuwirken habe (BGE 139 III 13 E. 3.2 am Anfang S. 20). Diese Erwägungen könnten wie folgt interpretiert werden: *Die klar missbräuchliche Mietzinserhöhung – ermittelt nach der relativen Methode – bildet eine Vermutung dafür, dass der neue Mietzins – ermittelt nach der absoluten Methode – missbräuchlich ist.* Diese Vermutung hat der Vermieter mit dem Gegenbeweis zu erschüttern, falls es sich um eine *natürliche Vermutung* handelt, bzw. mit dem Beweis des Gegenteils zu widerlegen, falls es eine *rechtliche Vermutung* (praesumptio iuris) sein sollte (vgl. zu den unterschiedlichen Beweisforderungen, denen der Gegner bei einer natürlichen und bei einer rechtlichen Vermutung zu genügen hat, BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 476 und N 418). Dabei wäre die Annahme einer praesumptio iuris naheliegender, da das Bundesgericht anschliessend ja – wie oben dargelegt – einen vollen Beweis und nicht bloss einen Gegenbeweis verlangt. Geht man von einer rechtlichen Vermutung aus, so hat der Mieter bei einer Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR die Missbräuchlichkeit der Mietzinserhöhung (als Vermutungsbasis) nachzuweisen, um in den Genuss dieser Vermutungsfolge (Beweis



des Gegenteils durch den Vermieter) zu kommen. Von einer unzulässigen Vermischung der relativen und der absoluten Methode (so die Kritik von ROHRER, a. a. O., 27 f., und CONOD, DB [2013], 28 Ziff. 8) könnte diesfalls keine Rede sein.

Aber leider ist diese Interpretation (im jetzigen Zeitpunkt) blosse Spekulation, denn das Bundesgericht sagt nicht ausdrücklich, ob es die missbräuchliche Erhöhung als Vermutung betrachtet und um welche Vermutungsart es sich handelt. Unklar bleibt auch, ab welcher Erhöhung des Mietzinses eine allfällige Vermutung zum Tragen kommen soll. Denn in casu stand ja mit mehr als 43% eine ausserordentlich starke Mietzinserhöhung zur Diskussion, die für sich genommen offensichtlich nicht gerechtfertigt sein konnte. Ob die von ROHRER (a. a. O., 28) postulierte Schwelle von 30% richtig ist, sei dahingestellt; mir scheint sie jedenfalls sehr hoch angesetzt. Sachgerechter wäre es wohl – wenn schon –, dem Mieter in jedem Fall die Möglichkeit zuzugestehen, die Missbräuchlichkeit der Erhöhung (ermittelt nach der relativen Methode) als Vermutungsbasis nachzuweisen.

d) Aufgrund all dieser Unklarheiten ist es schwierig, den hier besprochenen Entscheid zu werten. Die scharfe Kritik von ROHRER geht meines Erachtens aber deutlich zu weit. Die Verteilung der Beweislast im Privatrecht darf nicht allein aufgrund schematischer Regeln erfolgen. Anerkannt ist daher, dass die – zum Teil als Leerformel bezeichnete – Generalklausel von Art. 8 ZGB der Konkretisierung im Einzelfall bedarf (BGE 139 III 13 E. 3.1.1.1 S. 18; 130 III 321 E. 3.1 S. 323; 128 III 271 E. 2 a aa S. 273; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 39). *Dabei ist die Angemessenheit der Verteilung des Beweislasttrisikos mitzubetrachten* (BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 39; BK-KUMMER, Bern 1962, Art. 8 N 134; ähnlich BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 252). So gesehen ist es durchaus sachgerecht, die Beweislast für die Orts- und Quartierüblichkeit des neuen Mietzinses dem Vermieter zuzuweisen. Denn er ist es ja, der sich zur Begründung des höheren Anfangsmietzinses auf dieses Kriterium beruft, und er wird auch eher als der Mieter in der Lage sein, hinreichende Vergleichsobjekte in den Prozess einzubringen (CPRA BAIL-DIETSCHY, Art. 270 N 63). Für die von einer Minderheit in der Lehre vertretene Auffassung über die Verteilung der Beweislast gibt es zumindest gute Gründe. Es kann daher keine Rede davon sein, das Bundesgericht habe hier elementare Prinzipien der Rechtsordnung in krasser Weise missachtet, wie ROHRER (a. a. O., 29) meint. Wichtig wäre aber für die

Rechtssuchenden, mehr Klarheit über die Einzelheiten der Beweislastverteilung zu haben. Hier besteht noch Klärungsbedarf.

So gesehen kann der besprochene Entscheid durchaus als «Samichlaus-Urteil» betrachtet werden, allerdings nicht in dem pejorativen Sinn, wie die Vermieterjuristen diese Bezeichnung verstehen. Der Samichlaus bringt den braven Kindern ein Säckli mit Überraschungen. Welche Überraschungen die mit BGE 139 III 13 eingeleitete Rechtsprechung noch in sich birgt, wird sich weisen müssen.

e) Im diskutierten Fall hatten die Mieter keine Senkung des Anfangsmietzinses im Verhältnis zum Mietzins verlangt, den der Vermieter zu zahlen hatte. Anders verhielt es sich in einem Fall, den das Bundesgericht am gleichen Tag entschieden hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_475/2012 vom 6. Dezember 2012). Hinsichtlich der Beweislastverteilung hielt das Bundesgericht in diesem Fall fest, der Mieter habe nachzuweisen, dass der frühere Mietzins bereits missbräuchlich gewesen sei. Insoweit sei der Vermieter nicht gehalten, an der Beweiserhebung mitzuwirken (a. a. O., E. 2.4.3; dazu auch CONOD, Newsletter, Ziff. III., und DERS., DB [2013], 29 Ziff. 10). Die oben für BGE 139 III 13 skizzierte Umkehr der Beweislast kommt hier somit nicht zum Tragen. Unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit der Verteilung des Beweislasttrisikos ist das vertretbar.

## VI. Wann beginnt die Frist für die Anfechtung einer Kündigung oder für das Einreichen eines Erstreckungsbegehrens zu laufen (Art. 273 OR)?

4A\_471/2013 vom 11. November 2013 = MRA (2014), 49 ff. = mp (2014), 56 ff.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt für die *Rechtzeitigkeit des Zugangs einer Kündigung* – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehre – die sogenannte *absolute Empfangstheorie* (BGE 137 III 208 E. 3.1.2 S. 213 f.; dazu THOMAS KOLLER, ZBJV [2013], 21 ff., 38 ff.), die allgemein für den Zugang privatrechtlicher Willenserklärungen massgebend ist. Demgegenüber richten sich der *Beginn des Fristenlaufs* nach Art. 257d Abs. 1 OR (Nachfristansetzung im Zahlungsverzug des Mieters) und die *Rechtzeitigkeit des Zugangs einer Mietzinserhöhung* nach Art. 269d OR gemäss langjähri-

ger höchstrichterlicher Praxis nach der *relativen Empfangstheorie* (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 S. 214 ff., m. Nw.). In der Literatur umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt war seit Langem die Frage, welche dieser beiden Empfangstheorien für den *Beginn des Fristenlaufs für eine Kündigungsanfechtung oder für das Einreichen eines Erstreckungsgesuchs* nach Art. 273 OR gelten soll. Die wohl herrschende Lehre sprach sich hier für die Anwendung der relativen Empfangstheorie aus.

Mit Urteil 4A\_471/2013 vom 11. November 2013 trat das Bundesgericht auf eine Beschwerde in Zivilsachen nicht ein, weil der Anwalt des Mieters keinen genügenden Antrag gestellt hatte. In einer Eventualerwägung (a. a. O., E. 2) führte das Bundesgericht zudem aus, der Beschwerde wäre bei einer materiellrechtlichen Beurteilung ohnehin kein Erfolg beschieden gewesen, da der Mieter das Erstreckungsgesuch verspätet eingereicht habe. *Für den Beginn des Fristenlaufs nach Art. 273 OR sei die absolute Empfangstheorie massgebend* (zustimmend HANS BÄTTIG, MRA [2014], 49 ff., 53 ff.; kritisch demgegenüber FRANÇOIS BOHNET, [Faux] départ du délai pour contester le congé, Newsletter janvier 2014 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/2\\_14\\_janvier\\_4A\\_471\\_2013\\_analyse\\_01.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/2_14_janvier_4A_471_2013_analyse_01.pdf)]; HARALD BÄRTSCHI/RUEDI ACKERMANN, Fristberechnung im Mietrecht, Jusletter vom 3. Februar 2014; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2014], 38 ff., 41; THOMAS KOLLER, Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt ..., Jusletter vom 3. Februar 2014; bloss rapportierend BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 357).

Das Urteil ist methodologisch unhaltbar. Zum einen geht es nicht an, dass das Bundesgericht über eine derart wichtige und seit Langem umstrittene Frage in einer Eventualerwägung in einem Nichteintretensentscheid in einer Dreierbesetzung «en passant» befindet, ohne das Urteil amtlich zu publizieren. Zum andern hätte man erwarten dürfen, dass sich das Bundesgericht – wenn schon – wenigstens mit den in der Lehre diskutierten Argumenten, die für die Anwendung der relativen Empfangstheorie sprechen, einlässlich auseinandersetzen würde, was es jedoch unverständlicherweise unterlassen hat.

In BGE 140 III 244 (Urteil 4A\_120/2014 vom 19. Mai 2014) bestätigte das Bundesgericht nun ausdrücklich, was es im hier diskutierten Entscheid nebenbei gesagt hatte (vgl. dazu HARALD BÄRTSCHI/RUEDI ACKERMANN, Verspätete Anfechtung einer Kündigung im Mietrecht, Jusletter vom 14. Juli 2014). Damit ist diese Frage definitiv

entschieden. Mit dem Ergebnis kann man ohne Weiteres leben, obwohl die gegenteilige Lösung nach meinem Dafürhalten mehr überzeugt hätte. Unschön ist aber einmal mehr das methodologische Vorgehen des Bundesgerichts. Auch in diesem neuen Urteil fehlt jegliche Auseinandersetzung mit der reichhaltigen Literatur. Zitiert wird bloss ein Werk der am Urteil mitwirkenden Richterin FABIENNE HOHL. Das ist – zurückhaltend ausgedrückt – höchstrichterlicher Autismus.

Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen: Es geht bei dieser Kritik nicht um meine persönliche Befindlichkeit. Mein launiger kleiner Beitrag in Jusletter vom 3. Februar 2014 wurde in BGE 140 III 244 E. 5.3 S. 250 sogar kurz erwähnt. Mich stört, dass die I. zivilrechtliche Abteilung hier den Diskurs mit der Lehre verweigert, zu der ich in diesem Punkt nichts, andere aber viel beigetragen haben.

## VII. Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Handelsgericht und Mietgericht bei einer Streitigkeit um die Kündigung von Geschäftsräumlichkeiten (Art. 6, Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO)

*BGE 139 III 457 (4A\_346/2013) = mp (2014), 59 ff.*

Die X. SA (Klägerin/Beschwerdeführerin) erwarb mit zwei Kaufverträgen vom 11. Februar 2008 zwei Liegenschaften von der Y. AG (Beklagte/Beschwerdegegnerin). Am gleichen Tag vermietete die Klägerin der Beklagten diese Liegenschaften, damit die Beklagte sie weiterhin als Geschäftsräumlichkeiten nutzen konnte. Am 14. Juni 2012 mahnte die Klägerin die Beklagte für ausstehende Mietzinse unter gleichzeitiger Kündigungsandrohung. Die Beklagte entgegnete, dass die beiden Kaufverträge nichtig seien, sodass sie immer noch Eigentümerin der beiden Liegenschaften sei und keinen Mietzins schulde. Mit amtlich genehmigtem Formular vom 24. Juli 2012 kündigte die Klägerin die Mietverhältnisse per 31. August 2012, da die Beklagte der Aufforderung zur Bezahlung der ausstehenden Mietzinse nicht nachgekommen war. Hierauf focht die Beklagte die Kündigungen bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen an. Sie beantragte die Feststellung, dass die beiden Kündigungen unwirksam, ungültig und nichtig seien; eventualiter sei festzustellen, dass die Kündigungen missbräuchlich und daher aufzuheben seien. Die Schlichtungsbehör-

de unterbreitete den Parteien einen Urteilsvorschlag (Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigungen), den die Klägerin ablehnte, worauf ihr die Klagebewilligung erteilt wurde.

Am 28. Januar 2013 reichte die X. SA beim Mietgericht Dielsdorf Klage auf Feststellung der Gültigkeit der beiden Kündigungen ein. Mit Beschluss vom 7. Mai 2013 *trat das Mietgericht mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Auch das Obergericht des Kantons Zürich vertrat in der Folge den Standpunkt, dass sachlich das Handelsgericht und nicht das Mietgericht zuständig sei*, weshalb es die gegen den Beschluss erhobene Berufung der X. SA mit Urteil vom 1. Juli 2013 abwies. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Klägerin dem Bundesgericht die Aufhebung des Urteils des Obergerichts vom 1. Juli 2013 und die Anweisung an das Mietgericht, auf die Klage einzutreten. Damit hatte sie Erfolg (vgl. zu diesem Urteil FRANÇOIS BOHNET, *La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux*, Newsletter décembre 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/2a\\_13\\_decembre\\_Analyse\\_4A\\_346\\_2013\\_02.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/2a_13_decembre_Analyse_4A_346_2013_02.pdf)]; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, *plädoyer* 3 [2014], 38 ff., 41 f.; BRUNO HEDIGER, *SJZ* [2014], 352 ff., 353).

Vor Bundesgericht standen zwei wichtige Fragen zur Debatte. Zum einen hatte es zu klären, wann die «geschäftliche Tätigkeit» mindestens einer Partei i. S. v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO betroffen ist (nachfolgend a), zum andern, ob die Regelung der Verfahrensart jener der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts vorgeht (nachfolgend b).

a) Eine Streitigkeit gilt i. S. v. Art. 6 Abs. 2 ZPO dann als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Dass die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b und c ZPO erfüllt waren, wurde von den Parteien nicht bestritten. Umstritten und daher zu prüfen war aber, ob vorliegend die «geschäftliche Tätigkeit» mindestens einer Partei i. S. v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO betroffen war. *Die Lehre gehe, so das Bundesgericht, davon aus, dass Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO sowohl Grundgeschäfte als auch Neben- und Hilfsgeschäfte erfasse.* Das Bundesgericht schloss sich

dieser Auffassung an. *Der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften und damit grundsätzlich auch Streitigkeiten aus solchen Verträgen würden somit unter den Begriff «geschäftliche Tätigkeit» gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO fallen.* In casu lag daher grundsätzlich eine handelsrechtliche Streitigkeit vor (BGE 139 III 457 E. 3.2 S. 458 f.).

b) Die Beschwerdeführerin hielt dem allerdings entgegen, selbst wenn von einem weiten Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit auszugehen wäre, sodass grundsätzlich auch Streitigkeiten aus Mietverträgen darunterfielen, *wäre die konkrete Streitigkeit eine mietrechtliche und nicht eine handelsrechtliche.* Streitgegenstand sei die Gültigkeit der am 24. Juli 2012 wegen Zahlungsrückstand der Mieterin (Art. 257d OR) ausgesprochenen Kündigungen. Es handle sich somit um ein *Kündigungsschutzverfahren*. Für solche Streitigkeiten sei gemäss Art. 273 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 200 Abs. 1 ZPO ein Schlichtungsverfahren zwingend; ebenso gelange zwingend – unabhängig vom Streitwert – das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Beides sei aber vor dem Handelsgericht ausgeschlossen (Art. 198 lit. f und Art. 243 Abs. 3 ZPO), womit für Kündigungsschutzverfahren zwingend auch die Zuständigkeit des Handelsgerichts ausgeschlossen sei (BGE 139 III 457 E. 4.1 S. 459 f.).

Mit diesem Einwand wurde die in der Praxis kontrovers diskutierte Frage aufgegriffen, welches Gericht sachlich zuständig ist und welche Verfahrensart zur Anwendung gelangt, wenn eine mietrechtliche Streitigkeit gleichzeitig eine handelsrechtliche darstellt. *Das Obergericht des Kantons Zürich vertrat die Auffassung, die Regelung über die sachliche Zuständigkeit gehe der Bestimmung über die Verfahrensart vor* (BGE 139 III 457 E. 4.3 in fine S. 461). Das Bundesgericht sah dies anders und gelangte zum Schluss, *dass die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte vorgehe* (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 in fine S. 464). Zur Begründung skizzierte es zunächst die in der Lehre geführte kontroverse Diskussion und setzte sich hernach mit der uneinheitlichen Praxis in den Kantonen auseinander (BGE 139 III 457 E. 4.3 S. 460 f.). Anschliessend unterzog es die infrage stehenden Bestimmungen einer einlässlichen Analyse (BGE 139 III 457 E. 4.4 S. 461 ff.).

Aus Art. 198 lit. f ZPO lasse sich keine klare Abgrenzung herleiten. Diese Bestimmung sei in den parlamentarischen Beratungen

mit der Begründung eingefügt worden, bei Streitigkeiten vor Handelsgericht sei es sinnvoll, wenn direkt der Fachrichter und nicht zuerst noch ein Friedensrichter einen Vergleichsvorschlag unterbreite; das notwendige Fachwissen für einen Vergleichsvorschlag könne – so der Gesetzgeber – bei der nicht spezialisierten Schlichtungsbehörde nicht vorausgesetzt werden. *Die Abgrenzung sei also – so das Bundesgericht – gegenüber der allgemeinen Schlichtungsbehörde, nicht gegenüber der spezialisierten paritätischen Schlichtungsstelle für Streitigkeiten aus Miete und Pacht (Art. 200 ZPO) erfolgt* (BGE 139 III 457 E. 4.4.2 S. 461 f.).

Grosse Bedeutung mass das Bundesgericht sodann der Verfahrensart zu. Das vereinfachte Verfahren finde vor Handelsgericht keine Anwendung (Art. 243 Abs. 3 ZPO). In mietrechtlichen Streitigkeiten gelte das vereinfachte Verfahren unabhängig vom Streitwert bei den besonderen Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und zudem bei allen übrigen mietrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Das vereinfachte Verfahren unterscheide sich vom ordentlichen Verfahren insbesondere durch die anwendbaren Prozessmaximen. Gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO habe das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und sei nicht an die Beweisanträge und Tatsachenbehauptungen der Parteien gebunden; es gelte mithin die *soziale Untersuchungsmaxime*. Dies habe zur Folge, dass das Gericht im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren nicht an die Beweisanträge der Parteien und deren Tatsachenbehauptungen gebunden sei und dass es auch neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigen könne (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Die mit der vereinheitlichten Zivilprozessordnung angestrebte einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts wäre infrage gestellt, wenn die Verfahrensarten für die gleichen Streitigkeiten unterschiedlich wären, weil diese von unterschiedlichen Gerichten beurteilt werden könnten. Die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der Handelsgerichte und jener der ordentlichen Gerichte (bzw. in gewissen Kantonen der Mietgerichte) könne daher nicht derart sein, dass dadurch in die von der Zivilprozessordnung vorgegebenen Verfahrensarten eingegriffen würde (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.2 und E. 4.4.3.3 S. 463 f.).

In einem letzten Schritt hatte das Bundesgericht der Frage nachzugehen, ob in casu ein Anwendungsfall von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorlag, zumal der Streitwert offenkundig mehr als Fr. 30 000.–

betrug und daher Art. 243 Abs. 1 ZPO nicht zur Anwendung kam. Die Beschwerdeführerin vertrat hierbei den Standpunkt, dass der Begriff «Kündigungsschutz» i. S. v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO weit auszulegen sei und demnach nicht nur die Anfechtung einer Kündigung, sondern auch die Feststellung der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung umfasse.

Was unter «Kündigungsschutz» gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu verstehen ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts selber ist nicht einheitlich. Einmal hat es den Begriff ohne weitere Begründung weit verstanden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_451/2011 vom 29. November 2011 E. 2); ein anderes Mal hat es die Frage jedoch offengelassen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2012 vom 10. April 2012 E. 3; dazu einlässlich THOMAS KOLLER, ZBJV [2013], 876 ff., 884 ff.). Unter altem Recht hatte es gestützt auf Art. 273 Abs. 4 OR entschieden, jedenfalls vorfrageweise sei die Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit im Rahmen eines Anfechtungs- oder Erstreckungsbegehrens zu prüfen. Erkläre die Schlichtungsbehörde im Rahmen eines solchen Verfahrens eine Kündigung für ungültig, unwirksam oder nichtig, sei der Vermieter berechtigt, im Kündigungsschutzverfahren auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung zu klagen (BGE 139 III 457 E. 5.2 S. 465 f., unter Hinweis auf BGE 132 III 65 E. 3.2 ff. S. 68 ff. [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV {2007}, 831 ff., 853 ff.]). Daran sei auch unter neuem Recht festzuhalten. Vorliegend habe die Beklagte die Kündigung bei der Schlichtungsstelle innert Frist angefochten und die Feststellung der Unwirksamkeit, Ungültigkeit und Nichtigkeit und eventualiter die Aufhebung der Kündigung wegen Missbräuchlichkeit beantragt. Daher habe die Schlichtungsstelle die Gültigkeit der Kündigung jedenfalls als Vorfrage prüfen müssen. Da die Klägerin gestützt auf die erteilte Klagebewilligung geradezu gezwungen gewesen sei, gegen den abgelehnten Urteilstvorschlag Klage einzureichen, weil diesem sonst die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids zugekommen wäre (Art. 211 Abs. 2 ZPO), handle es sich infolgedessen um einen Fall eines «Kündigungsschutzverfahrens» i. S. v. Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO (BGE 139 III 457 E. 5.3 S. 466). *Ausdrücklich offen liess das Bundesgericht die Frage, ob auch ein Fall von «Kündigungsschutz» im Sinne dieser Bestimmungen vorliegt, wenn bloss die Feststellung der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung verlangt wird* (BGE 139 III 457 E. 5.3 in fine S. 466).

Im Ergebnis ist der hier diskutierte Entscheid zu begrüßen. Das materielle Mietrecht zeichnet sich durch umfassende Schutzbestimmungen zugunsten des Mieters im Bereich der Mietzinsgestaltung und der Kündigungen aus. Dies gilt nicht nur für die Miete von Wohnräumen, sondern auch für die Geschäftsraummiete. Ihr Spiegelbild finden diese materiellrechtlichen Schutzbestimmungen im Verfahrensrecht, indem dem vereinfachten Verfahren im Mietrecht ein breites Anwendungsfeld eingeräumt wird. *Daher ist es grundsätzlich richtig, den Bestimmungen über die Verfahrensart Vorrang vor den Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit einzuräumen.* Klargestellt ist mit dem hier besprochenen Urteil, dass selbst bei der Miete von Geschäftsräumlichkeiten die Handelsgerichte nicht zuständig sind, wenn um die Hinterlegung von Mietzinsen, die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen, die Erstreckung des Mietverhältnisses nach einer Kündigung, die Missbräuchlichkeit einer Kündigung sowie vorfrageweise um die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit einer Kündigung gestritten wird. Diese Klarstellung ist von grosser praktischer Bedeutung.

Die vom Obergericht des Kantons Zürich favorisierte gegenteilige Lösung hätte im Übrigen auf der Ebene des Schlichtungsverfahrens seltsame Konsequenzen. Die Art. 259h OR (Herausgabe der hinterlegten Mietzinse), Art. 270 ff. OR (Anfechtung des Mietzinses) und Art. 273 OR (Kündigungsanfechtung und Erstreckung des Mietverhältnisses), mithin das materielle Recht (sic!), sehen ausdrücklich vor, dass der Mieter (bzw. im Fall von Art. 259h Abs. 2 OR der Vermieter) binnen Frist zwingend an die *Schlichtungsbehörde* zu gelangen hat. *Gleichzeitig schliesst aber Art. 198 lit. f ZPO bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten den Gang zur Schlichtungsbehörde aus.* Die materiellrechtlichen Bestimmungen einerseits und die ZPO-Bestimmung andererseits stünden bei der «Zürcher Lösung» in einem Widerspruch, der nicht leicht aufzulösen wäre. An wen müsste sich denn der Mieter (bzw. im Fall von Art. 259h Abs. 2 OR der Vermieter) wenden? Würden die OR-Bestimmungen Art. 198 lit. f ZPO vorgehen, mit der Folge, dass zuerst die paritätische Schlichtungsbehörde und anschliessend das Handelsgericht zuständig wäre? Oder würde Art. 198 lit. f ZPO die OR-Regeln überspielen, was dann wohl zur Folge haben müsste, dass das Handelsgericht als Schlichtungsbehörde zu fungieren hätte? Letzteres wäre aber geradezu bizarr. Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren zeichnet sich bewusst durch seine Einfachheit aus. Ein solch einfaches Schlichtungsverfahren ist aber vor Handelsgericht nicht

vorgesehen. Dort kann das Verfahren nur durch Einreichung der Klage eingeleitet werden (Art. 220 ZPO). Den Mieter in all diesen Fällen zur Einreichung einer Klage zu zwingen, bevor überhaupt ein Schlichtungsversuch unternommen werden kann, wäre nicht sachgerecht. All diese Probleme werden mit der bundesgerichtlichen Lösung auf elegante Weise vermieden.

In zwei Punkten ist der diskutierte Entscheid jedoch problematisch:

a) Mietverfahren sind generell besondere Prozesse. Art. 200 Abs. 1 ZPO sieht denn auch für sämtliche Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen eine paritätische Schlichtungsstelle vor. Das gilt selbst für solche Streitigkeiten, die anschliessend nicht im vereinfachten, sondern im ordentlichen Verfahren durchzuführen sind. *Daher wäre es sachgerecht, Mietstreitigkeiten über Wohn- und Geschäftsräume generell der Handelsgerichtsbarkeit zu entziehen.* Das Bundesgericht sieht dies aber leider anders (so beiläufig bereits auch in BGE 138 III 694). Indem es Streitigkeiten aus Geschäftsraummiete grundsätzlich als handelsrechtliche Streitigkeiten qualifiziert, weist es eine nicht unbedeutende Zahl von Mietfällen den Handelsgerichten zur Beurteilung zu, womit dann wohl der Schlichtungsversuch vor der paritätischen Schlichtungsstelle entfällt (da das OR in diesen Fällen keinen Gang vor die Schlichtungsbehörde vorsieht). Das macht wenig Sinn. Die paritätischen Schlichtungsbehörden und die ordentlichen Gerichte – vor allem, wenn es sich um spezialisierte Mietgerichte handelt – haben im Mietrecht wesentlich mehr Erfahrung als die Handelsgerichte, die sich sonst schwergewichtig mit ganz andern Fällen zu befassen haben. Fraglich ist auch, ob die Handelsgerichte überhaupt über Fachrichter mit Erfahrung im Mietrecht verfügen. *Von da her gesehen wäre es vorzuziehen gewesen, wenn das Bundesgericht Mietstreitigkeiten über Wohn- und Geschäftsräume grundsätzlich nicht als Handelsgerichtsstreitigkeiten qualifiziert hätte* (a. M. wohl aber die h. L.). Abweichendes mag allenfalls gelten, wenn nicht eine typisch mietrechtliche Frage Gegenstand des Streits bildet, sondern z. B. die Frage, ob die Mieterin das Verkaufsgeschäft während bestimmter Öffnungszeiten weiterbetreiben muss (vgl. dazu BGE 140 III 155 [Urteil 4A\_480/2013 vom 10. Februar 2014]).

Mietrechtliche Streitigkeiten der Handelsgerichtsbarkeit zuzuweisen, soweit das ordentliche Verfahren anwendbar ist, kann im Übrigen zu heiklen Abgrenzungsfragen führen. Wie verhält es sich z. B.

bei einem Streit über die Privatwohnung eines im Handelsregister eingetragenen Einzelkaufmanns, wenn als Vermieterin eine Immobilien-AG fungiert, die gewerbsmässig Wohnungen vermietet? Wörtlich genommen ist diesfalls die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO – hier die Tätigkeit der Vermieterin – betroffen. Wenn man schon Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen als handelsgerichtliche bezeichnen will (BGE 138 III 694, m. Hw. auf die gegenteilige Meinung in der Lehre; so wie das Bundesgericht etwa BK-BERGER, Art. 6 ZPO N 22; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8), müsste man wohl konsequenterweise auch einen Mietvertrag über die Privatwohnung eines Gewerbetreibenden dem Handelsrecht zuordnen, wenn die Vermietung zur geschäftlichen Tätigkeit des Vermieters gehört (ähnlich z. B. BK-BERGER, Art. 6 ZPO N 21: Der eingetragene gewerbsmässige Vermieter vermietet dem eingetragenen Bäcker eine Ferienwohnung [was, wenn die Miete mehr als drei Monate dauert, gemäss Art. 253a Abs. 2 OR unter die Bestimmungen über die Wohn- und Geschäftsraummiete fallen würde]). Sinnvoll wäre eine solche Zuordnung aber nicht.

Ein wenig entschärft wird die geschilderte Problematik in der Praxis einzig durch den Umstand, dass das Handelsgericht auch in Mietsachen nur zuständig sein kann, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30 000.– beträgt und so die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO; Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Die niedrigere Streitwertgrenze von Fr. 15 000.– in mietrechtlichen Fällen (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) spielt hier keine Rolle, da sämtliche vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– im vereinfachten Verfahren durchzuführen sind (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und daher das Handelsgericht bei einem Streitwert zwischen Fr. 15 000.– und Fr. 30 000.– aus diesem Grund nicht zum Zuge kommt (BK-BERGER, Art. 6 ZPO N 35). Die Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– dürfte immerhin einige «gewöhnliche» mietrechtliche Verfahren von der Handelsgerichtsbarkeit ausschliessen (ähnlich BOHNET, a. a. O., Ziff. III.)

b) Besondere Brisanz erhält die vorstehend aufgeworfene Problematik durch einen weiteren Umstand. Das hier besprochene Urteil bringt einmal mehr keine Klärung der Frage, ob das vereinfachte Verfahren unabhängig vom Streitwert auch dann Anwendung findet, wenn der Mieter nur die Feststellung der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung beantragt, die Kündigung aber nicht als miss-

bräuchlich anfigt oder keine Erstreckung verlangt. Weil die Mieterin in casu die Kündigungen als missbräuchlich angefochten hatte, liess das Bundesgericht diese Frage offen. Daraus kann man ihm (formell) keinen Vorwurf machen, denn im Grunde soll das Gericht ja nur über entscheidungsrelevante Punkte befinden. Dennoch ist es bedauerlich, dass die Frage (immer noch) ungeklärt bleibt (dazu auch BOHNET, a. a. O., Ziff. III.).

Die Zukunft wird weisen müssen, ob der Begriff des «Kündigungsschutzes» i. S. v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO weit oder eng verstanden wird. Daher ist ein Mieter, der das Handelsgericht vermeiden will, gut beraten, die Kündigung auf jeden Fall vorsorglich als missbräuchlich anzufechten und die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung als Vorfrage geltend zu machen. Aber auch den Vermietern dürfte die noch bestehende Unklarheit Bauchschmerzen bereiten. Für eine Summarexmission des Mieters (Art. 257 ZPO) ist bei gegebenem Streitwert das Handelsgericht zuständig. An wen aber hat sich der Vermieter zu wenden, wenn er eine Mieterausweisung anstrebt, der Mieter die Kündigung nicht als missbräuchlich angefochten hat und der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden kann (z. B. weil der Mieter im Rahmen einer ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f OR bestreitet, die Mietsache vertragswidrig gebraucht zu haben)?

VIII. Mieterausweisung; summarisches Verfahren; Verstoss einer kantonalen Bestimmung gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts, welche die Mieterausweisung allgemein dem summarischen Verfahren zuweisen will (Art. 248 lit. a i. V. m. Art. 250 ZPO; Art. 248 lit. b i. V. m. Art. 257 ZPO)

*BGE 139 III 38 (4A\_495/2012) = mp (2013), 167 ff.*

Im Streit stand in diesem Fall eine Mieterausweisung nach einer Zahlungsverzugskündigung des Vermieters gestützt auf Art. 257d OR. Die beiden Gerichtsinstanzen im Kanton Schwyz hatten darüber im Summarverfahren befunden und den Mieter zur Räumung der beiden Mietobjekte verpflichtet.

Gemäss § 3 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Obligationenrecht des Kantons Schwyz (EGzOR) vom 25. Oktober 1974 (SRSZ 217.110) beurteilt der Einzelrichter des Bezirksgerichts im summarischen Verfahren nebst den in Art. 250 ZPO erwähnten Angelegenheiten verschiedene weitere obligationenrechtliche Streitigkeiten, so unter anderem gemäss § 3 lit. f EGzOR die Ausweisung von Mietern und Pächtern. Beide kantonalen Instanzen gingen davon aus, dass der Bund über das Verfahren der Mieterausweisung nicht abschliessend legiferiert habe, weshalb den Kantonen eine entsprechende Zuständigkeit verblieben sei. Im Katalog von Art. 250 ZPO, welcher Angelegenheiten dem summarischen Verfahren zuweise, sei die Ausweisung von Mietern nicht aufgeführt. § 3 lit. f EGzOR sehe nun aber (zulässigerweise) für die Ausweisung von Mietern und Pächtern generell das summarische Verfahren vor. Dementsprechend hatten die kantonalen Instanzen nicht geprüft, ob die Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO erfüllt waren. Mit Beschwerde in Zivilsachen machte der Mieter geltend, die Vorinstanz habe das Ausweisungsbegehren zu Unrecht im summarischen Verfahren beurteilt und damit die Zivilprozessordnung verletzt; unter der Geltung der ZPO könne eine Ausweisung nur im summarischen Verfahren angeordnet werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 248 lit. b i. V. m. Art. 257 ZPO erfüllt seien. Damit hatte er vor Bundesgericht Erfolg (vgl. zu diesem Urteil die Kurzhinweise vom THOMAS PROBST, DB [2013], 44 f.; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2013], 40 ff., 45; BRUNO HEDIGER, SJZ [2013], 309 ff., 309).

Art. 248 ZPO listet auf, wann das summarische Verfahren anwendbar ist, so unter anderem gemäss Art. 248 lit. a ZPO «in den vom Gesetz bestimmten Fällen». Zu prüfen war, ob als «Gesetz» im Sinne dieser Bestimmung auch ein kantonales Gesetz gelten könne, wie die kantonalen Gerichte angenommen hatten. In der vom Bundesgericht analysierten Lehre wird diese Frage verneint. Auch das Bundesgericht schien dieser Auffassung der Tendenz nach zuzuneigen. Abschliessend klärte es indessen die Frage nicht. *Denn aus der Entstehungsgeschichte der ZPO ergebe sich – so das Bundesgericht – eindeutig der Wille des Gesetzgebers, die Erwirkung einer Mieterausweisung in einem summarischen Verfahren einzig beim Vorliegen eines klaren Falles nach Massgabe von Art. 248 lit. b i. V. m. Art. 257 ZPO zu ermöglichen* (BGE 139 III 38 E. 2.4 S. 41, näher begründet anhand der Entstehungsgeschichte von Art. 257 ZPO in E. 2.5 S. 41 ff.). Demgemäss hiess es

die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück. Diese hatte nun zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) erfüllt waren oder nicht (zustimmend zu diesem Urteil PROBST, a. a. O., 45).

Wie die Zivilprozessualisten damit umgehen, dass das Bundesgericht hier die Kernfrage offengelassen hat, wird sich weisen. Art. 250 ZPO listet, wie sich aus dem Wort «insbesondere» im Ingress ergibt, die Fälle aus dem Obligationenrecht *nicht abschliessend* auf, die im summarischen Verfahren zu beurteilen sind (BGE 138 III 166 E. 3.3 S. 169; dazu CHRISTOPH LEUENBERGER, ZBJV [2014], 1 ff., 21). Dasselbe gilt für die Fälle aus dem Bereich des ZGB (Art. 249 ZPO) und des SchKG (Art. 251 ZPO). Daher wäre es wichtig zu wissen, ob die Kantone grundsätzlich befugt sind, im kantonalen Recht weitere Fälle aus diesen Bereichen ins summarische Verfahren zu verweisen, wie das z. B. auch der Kanton Bern getan hat (siehe Art. 11 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung vom 11. Juni 2009 [EG ZSJ; BSG 271.1]), oder ob sich eine solche Zuweisung ausschliesslich aus dem Bundesrecht – gegebenenfalls durch eine Art Analogieschluss (in diesem Sinne wohl BGE 138 III 166) – ergeben soll. Im Interesse einer bundeseinheitlichen Regelung solch wichtiger prozessualer Fragen scheint mir die vom Bundesgericht angedeutete Lösung, den Kantonen hier keinen Spielraum zuzugestehen, sachgerecht.

Auf jeden Fall zu begrüssen ist aber der hier diskutierte Entscheid aus mietrechtlicher Sicht. *Die Ausweisung eines Mieters in einem Summarverfahren ist unter verfassungsrechtlichen und EMRK-rechtlichen Gesichtspunkten heikel* (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; dazu bereits THOMAS KOLLER, ZBJV [2013], 876 ff., 881 und 883). Dem Summarrichter obliegt im Exmissionsverfahren daher eine ganz besondere Verantwortung. Wahrnehmen kann er diese nur, wenn er einen klaren Sachverhalt und klares Recht bloss sehr zurückhaltend annimmt. *Daher ist es denn auch sachgerecht, eine Summarexmission ausschliesslich unter den Voraussetzungen von Art. 257 ZPO zuzulassen.* Summarausweisungen in weiteren Fällen zu ermöglichen, wie dies der Kanton Schwyz versucht hat, wäre rechtsstaatlich unhaltbar. Diesem Versuch hat das Bundesgericht zu Recht einen Riegel geschoben.



- IX. Säumnis des klagenden Mieters vor der Schlichtungsbehörde; Verweigerung der Wiederherstellung; Rechtsmittel (Art. 271 f. OR; Art. 148 f., Art. 206 Abs. 1, Art. 308 ZPO)

BGE 139 III 478 (4A\_137/2013) = Pra 2014 Nr. 46

S. 345 ff. = mp (2014), 70 ff.

Gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO gilt bei Säumnis der klagenden Partei das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen, und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen. Die säumige Partei kann jedoch nach Art. 148 ZPO beim «Gericht» eine Wiederherstellung verlangen, wenn sie glaubhaft darlegt, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gericht gibt der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet endgültig (Art. 149 ZPO).

Im Mietrecht kommt der Tragweite dieser Bestimmungen eine grosse praktische Bedeutung zu (vgl. dazu schon ANITA THANEI, Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren, mp [2009], 179 ff., spez. 190 f., die für das Mietrecht eine Nachbesserung von Art. 206 ZPO fordert und auf jeden Fall verlangt, dass in Mietverfahren an die Wiederherstellung keine hohen Anforderungen gestellt werden dürften; ähnlich auch BK-ALVAREZ/PETER, Art. 206 ZPO N 8). Wer als Mieter eine Kündigung als treuwidrig erachtet, nach einer Kündigung eine Mieterstreckung verlangt, den Anfangsmietzins bzw. den laufenden Mietzins herabgesetzt haben will oder eine Mietzinserhöhung nicht akzeptiert, das Mietverhältnis aber fortsetzen will, muss sich fristgerecht an die Schlichtungsbehörde wenden (Art. 270 ff. und Art. 271 f. OR). *Versäumt der Mieter den fristgerechten Gang zur Schlichtungsbehörde, so verwirken seine Rechte.* Das gilt nicht nur, wenn er es unterlässt, binnen der Frist von 30 Tagen ein Schlichtungsgesuch einzureichen, sondern auch wenn das Verfahren von der Schlichtungsstelle wegen Gegenstandslosigkeit abgeschlossen wird, weil der Mieter oder – soweit zulässig (vgl. Art. 204 Abs. 3 lit. a und b ZPO) – sein Vertreter zur Schlichtungsverhandlung nicht erschienen ist (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Für den Mieter ist es daher sehr wichtig, ob bei einer solchen Säumnis eine Wiederherstellung gemäss Art. 148 ZPO möglich ist und ob er sich gegen die Verweigerung der Wiederherstellung mit einem Rechtsmittel zur

Wehr setzen kann. Verstärkt wird die praktische Bedeutung dieser Frage durch den Umstand, dass Mieter erfahrungsgemäss vor der Schlichtungsbehörde in der Regel (noch) ohne Anwalt handeln und eine Säumnis oft auf eine gewisse Unbedarftheit in verfahrensrechtlichen Angelegenheiten (z. B. was das rechtzeitige Abholen eingeschriebener Postsendungen betrifft) zurückzuführen ist.

Im hier besprochenen Urteil hatte das Bundesgericht über diese Frage zu befinden. Die Beschwerdeführerin hatte die Kündigung ihres Mietverhältnisses bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich angefochten und subsidiär eine Mieterstreckung verlangt. Da sie zur Schlichtungsverhandlung nicht erschienen war, schrieb die Schlichtungsbehörde das Gesuch als gegenstandslos ab. In der Folge machte die Beschwerdeführerin gegenüber der Schlichtungsbehörde geltend, sie habe die Vorladung zur Verhandlung nicht erhalten, was möglicherweise darauf zurückzuführen sei, dass sie mit dem Vermieter Probleme habe, der ihr die Entgegennahme ihrer Post verunmögliche; sie erwarte daher neue «Demarchen» seitens der Schlichtungsbehörde. Diese beschloss, keine Wiederherstellung zu gewähren und keine neue Verhandlung anzusetzen. Die Vorladung sei postlagernd adressiert worden und es sei Sache der Beschwerdeführerin, für sie bestimmte Postsendungen regelmässig abzuholen. Mit einer gegen diesen Entscheid gerichteten Eingabe an das (erstinstanzliche) Mietgericht machte die Beschwerdeführerin geltend, sie habe die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung verspätet erhalten, weil sie aufgrund einer Namensänderung bei ihrer Poststelle ihre Post nur unregelmässig ausgehändigt erhalte. Die obere kantonale Instanz, an welche das Mietgericht die Eingabe weitergeleitet hatte, trat auf das Begehren nicht ein. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung dieses Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Damit drang sie vor Bundesgericht durch (vgl. dazu auch den Hinweis bei IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2014], 38 ff., 42, sowie bei BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 353).

Art. 148 und Art. 149 ZPO erwähnen die Schlichtungsbehörden nicht ausdrücklich, sondern sprechen nur von «Gericht». Zu Recht hielt das Bundesgericht aber fest, dass diese Bestimmungen über die Wiederherstellung bei Säumnis auch auf Schlichtungsbehörden Anwendung finden, und zwar auch dann, wenn nach der massgebenden kantonalen Gerichtsorganisation die betroffene Schlichtungsbehörde



kein «Gericht» ist (in BGE 139 III 478 nicht publizierte E. 3, unter Hinweis auf divergierende Lehrmeinungen). Zudem rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass Entscheide und Verfügungen der Schlichtungsbehörden grundsätzlich Anfechtungsobjekte sind, die gemäss den Bestimmungen der ZPO an die obere kantonale Gerichtsstanz weitergezogen werden können, obwohl es sich dabei wörtlich genommen nicht um «erstinstanzliche» Entscheide handelt (in BGE 139 III 478 nicht publizierte E. 3, unter anderem m. Hw. auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_131/2013 vom 3. September 2013, E. 2.2.2.2; zum Gesetzestext siehe Art. 308 Abs. 1 und Art. 319 ZPO).

Die Vorinstanz war auf die Eingabe der Beschwerdeführerin nicht eingetreten, weil gemäss Art. 149 ZPO die betroffene Instanz über ein Gesuch um Wiederherstellung «endgültig» entscheidet. Der Wortlaut dieser Bestimmung schliesst in der Tat ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid um Wiederherstellung bei Säumnis kategorisch aus. Zu Recht lässt es aber das Bundesgericht hier nicht bei einer am blossen Wortlaut orientierten Auslegung bewenden. *Denn jedenfalls dann, wenn mit einem Schlichtungsgesuch eine Verwirkungsfrist gewahrt werden muss, führt die Verweigerung einer Wiederherstellung bei einer Säumnis der klagenden Partei zu einem vollständigen und endgültigen Verlust des Anspruchs.* Das gilt insbesondere, wenn der Mieter eine Kündigung als missbräuchlich anfechtet oder eine Mieterstreckung verlangt. Bei Verweigerung einer Wiederherstellung kann er kein erneutes Anfechtungs- oder Erstreckungsbegehren einreichen, weil die 30-tägige Frist gemäss Art. 273 OR längst abgelaufen ist. *Dann hat die Verweigerung der Wiederherstellung denselben Effekt wie die Abweisung der Klage.* Wie das Bundesgericht zutreffend ausführte, müsse diesfalls die klagende Partei in einem kohärenten prozessualen System zumindest eine ähnliche Weiterzugsmöglichkeit haben, wie sie ihr gegen ein Urteil zustehe, mit dem die Klage abgewiesen werde (BGE 139 III 478 E. 6.2 S. 480 f.).

In der zivilverfahrensrechtlichen Literatur wird die Auffassung vertreten, ein Entscheid über die Wiederherstellung sei *unabhängig davon, ob das Gericht die Wiederherstellung bewillige oder verweigere*, nicht selbstständig mit einem Rechtsmittel anfechtbar. Vorbehalten bleibe eine Anfechtung durch Berufung oder Beschwerde gegen den im betreffenden Verfahren ergangenen End- oder Zwischenentscheid (vgl. dazu als Beispiel etwa BK-FREI, Art. 149 ZPO N 11; weitere Nw. in BGE 139 III 478 E. 6.3 S. 481). Diese Auffassung führt

gemäss Bundesgericht an sich zu einem vernünftigen Interessenausgleich zwischen dem Anliegen der Prozessbeschleunigung, das Art. 149 ZPO zugrunde liegt, und dem Anliegen des den Prozessparteien zu gewährenden Rechtsschutzes. Aber sie kann nur dort funktionieren, wo dem Entscheid um Wiederherstellung ein weiterer Entscheid folgt. *Bei der Gewährung der Wiederherstellung ist dies stets der Fall und bei der Verweigerung der Wiederherstellung dann, wenn der Prozess fortgeführt wird. Verweigert indessen ein Gericht die Wiederherstellung nach Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit (wie in casu), so folgt kein weiterer Entscheid; die Verweigerung der Wiederherstellung bildet dann ihrerseits den Endentscheid.* Um der betroffenen Partei einen angemessenen Rechtsschutz zu gewähren, ist daher – wie das Bundesgericht zutreffend ausführte – entgegen dem Wortlaut von Art. 149 ZPO ein Rechtsmittel zu gewähren (BGE 139 III 478 E. 6.3 S. 481 f.). Dem Anliegen der Prozessbeschleunigung, dem Art. 149 ZPO dient, läuft dies nicht zuwider.

Zu entscheiden war anschliessend noch, ob ein solcher Entscheid mit Berufung (Art. 308 ZPO) oder mit Beschwerde (Art. 319 ZPO) angefochten werden kann. Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei einem Entscheid um Verweigerung der Wiederherstellung gegen einen Abschreibungsentscheid um einen Endentscheid i. S. v. Art. 90 BGG. Für Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO müsse derselbe Begriff des Endentscheids gelten wie in Art. 90 BGG (in BGE 139 III 478 nicht publizierte E. 7.3). Da im vorliegenden Fall alle weiteren Voraussetzungen (Streitwert etc.) erfüllt waren, unterlag der Entscheid der Schlichtungsbehörde, mit dem diese die Wiederherstellung verweigert hatte, der Berufung und nicht der Beschwerde.

Dem Urteil ist vollumfänglich zuzustimmen (gl. M. CAROLE SONNENBERG, *Restitution et voies de recours*, Newsletter décembre 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/3a\\_13\\_decembre\\_Analyse\\_4A\\_137\\_2013\\_02.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/3a_13_decembre_Analyse_4A_137_2013_02.pdf)], Ziff. III.). Mit einem gegenteiligen Entscheid wäre die Mieterin, was den Rechtsmittelzug betrifft, völlig schutzlos gewesen. Aus der Sicht des Materiellrechtlers erstaunlich ist aber, dass offenbar der prozessrechtlichen Literatur zu Art. 149 ZPO das Sensorium für die hier zutage getretene Problematik weitgehend gefehlt zu haben scheint. Dass die Verweigerung einer Wiederherstellung nach einem Abschreibungsentscheid für sich ein Endentscheid ist und in vielen Fällen zum definitiven Rechtsverlust

führt, hätten eigentlich die Verfahrensrechtler merken müssen. SONNENBERG, a. a. O., drückt es – wenn auch ohne Kritik gegenüber den Prozessualisten – klar aus: «L'interprétation du Tribunal fédéral ... découle d'ailleurs de l'évidence.»

Die genaue Tragweite des hier besprochenen Urteils wird sich noch weisen müssen. *Die mit ihm eingeleitete Praxis wird wohl für alle Fälle gelten, in denen mit der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs eine Verwirkungsfrist gewahrt werden muss.* Solche Fälle gibt es nicht nur im Mietrecht (wo sie am häufigsten sind), sondern auch in andern Bereichen des Privatrechts, so etwa im Vereinsrecht (Anfechtung eines Beschlusses der Vereinsversammlung nach Art. 75 ZGB) oder im Aktienrecht (Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 706 f. OR). Unklar ist dagegen, wie es sich in andern Verfahren verhält, so etwa bei gewöhnlichen Forderungsklagen. Wird dort die Wiederherstellung verweigert und der Abschreibungsentscheid der Schlichtungsbehörde aufrechterhalten, so kann der Kläger ohne Weiteres ein neues Schlichtungsgesuch einreichen (BK-ALVAREZ/PETER, Art. 206 ZPO N 7). Formell handelt es sich diesfalls bei einem Entscheid, mit dem die Wiederherstellung verweigert wird, zwar ebenfalls um einen Endentscheid, da auch hier das Verfahren definitiv abgeschlossen wird. Materiell aber bleibt der Kläger nicht schutzlos, da sein (behaupteter) Anspruch nicht verwirkt ist. *Ob die hier skizzierte Rechtsprechung des Bundesgerichts auch in solchen Fällen zum Tragen kommt, ist offen* (gl. M. SONNENBERG, a. a. O., Ziff. III. in fine).

Dagegen spricht, dass das Bundesgericht gegen den Abschreibungsentscheid wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 206 Abs. 1 ZPO selber nur dann ein Rechtsmittel – und zwar ausschliesslich die Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO – zulassen will, wenn infolge Abschreibung des Schlichtungsverfahrens ein definitiver Rechtsverlust eintritt. Denn der Kläger erleide nur dann einen nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil, wenn er kein erneutes Schlichtungsgesuch einreichen könne (Urteil des Bundesgerichts 4A\_131/2013 vom 3. September 2013, E. 2.2.2.2). Dann wäre es durchaus kohärent, dem Kläger gestützt auf Art. 149 ZPO ein Rechtsmittel gegen die Verweigerung einer Wiederherstellung zu versagen und ihn auf die Möglichkeit zu verweisen, ein erneutes Schlichtungsgesuch einzureichen. Zwingend ist diese Überlegung allerdings nicht, denn die skizzierte Rechtsprechung zur Anfechtung des Abschreibungsentscheids selber

braucht nicht in Stein gemeisselt zu sein. Dem hier diskutierten Urteil lassen sich Ansätze dafür entnehmen, dass das Bundesgericht künftig möglicherweise auch den Abschreibungsentscheid generell – also nicht nur in mietrechtlichen Fällen – als Endentscheid betrachten könnte (vgl. dazu die in BGE 139 III 478 nicht publizierte E. 7.2 m. Hw. auf die Lehre, die in dieser Frage gespalten ist). Als solcher wäre er dann je nach den Umständen mit Berufung nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO oder mit Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO anfechtbar. In der Literatur wird diese Auffassung – zumindest für Abschreibungsentscheide wegen Säumnis (Art. 206 Abs. 1 und Art. 234 Abs. 2 i. V. m. Art. 242 ZPO) – zum Teil vertreten (siehe etwa ANNETTE DOLGE, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, 43 ff., spez. 53 f., m. Hw.; PASCAL LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 ZPO N 8, m. Hw., in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. Zürich 2013), und das Obergericht des Kantons Zürich hat auch schon in diesem Sinn entschieden (Nachweise bei DOLGE, a. a. O.). Es wäre kaum einzusehen, weshalb zwar auch dann, wenn der Kläger ein erneutes Schlichtungsgesuch einreichen könnte, grundsätzlich ein Rechtsmittel gegen den Abschreibungsentscheid als solchen gegeben sein soll, nicht aber gegen einen Entscheid, mit dem die Wiederherstellung verweigert und das Verfahren definitiv beendet wird.

- X. Kein Recht eines bei einem Mieterverband angestellten Anwalts, Mieter vor Bundesgericht zu vertreten (Art. 40 Abs. 1 BGG; Art. 68 Abs. 2 ZPO; Art. 8 BGFA)

BGE 139 III 249 (4A\_38/2013) = Pra 2013 Nr. 113 S. 876 ff.

Gemäss Art. 68 Abs. 1 ZPO kann sich jede prozessfähige Partei im Prozess vertreten lassen. Erfolgt diese Vertretung *nicht berufsmässig*, so kann sich die Prozesspartei einer beliebigen handlungsfähigen Person ihres Vertrauens bedienen (BK-STERCHI, Art. 68 ZPO N 1; ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, Art. 68 ZPO N 3, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl.

Zürich 2013). Die *berufsmässige Vertretung* dagegen ist grundsätzlich Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 (SR 935.61) berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen. So kann das kantonale Recht vorsehen, dass beruflich qualifizierte Vertreterinnen und Vertreter vor den Miet- und Arbeitsgerichten zur berufsmässigen Vertretung befugt sind (Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO). Ebenso kann das kantonale Recht patentierte Sachwalterinnen und Sachwalter sowie Rechtsagentinnen und Rechtsagenten zur Vertretung von Parteien vor der Schlichtungsbehörde, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens sowie in Angelegenheiten des summarischen Verfahrens zulassen (Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO). Strenger geregelt ist die Befugnis zur Parteivertretung vor Bundesgericht. Dort ist die (berufsmässige oder nicht berufsmässige) Vertretung von Parteien in Zivilsachen generell Anwältinnen und Anwälten gemäss Anwaltsgesetz sowie Personen vorbehalten, die nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten (Art. 40 Abs. 1 BGG).

Für das Mietrecht sind diese Bestimmungen von grosser praktischer Bedeutung. Den Schlichtungsbehörden kommt im Mietrecht eine besondere Stellung zu (Art. 200 Abs. 1 ZPO; Art. 270 ff. und Art. 273 OR). Zudem werden im Mietrecht viele Prozesse im vereinfachten Verfahren geführt (siehe Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und dazu etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2012 vom 10. April 2012 sowie THOMAS KOLLER, ZBJV [2013], 876 ff., 884 ff.), Ausweisungsverfahren oft auch im Summarverfahren. Machen Kantone von den ihnen in Art. 68 Abs. 2 lit. b und d ZPO eingeräumten Befugnissen Gebrauch, wie dies vor allem in der Westschweiz der Fall ist (siehe für den Kanton Genf betreffend Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO den hier diskutierten Fall [Art. 15 Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile {LaCC} du 11 octobre 2012 des Kantons Genf], für den Kanton Waadt betreffend Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO [Rechtsagenten] das Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2012 vom 10. April 2012), so können Mieter und Vermieter vor den kantonalen Instanzen durch einen wesentlich grösseren Personenkreis (Angestellte von Mieter- oder Hauseigentümerverbänden, bei einer Immobilienverwaltung angestellte Sachwalter etc.) berufsmässig vertreten werden als vor Bundesgericht. Bei einem Weiterzug an das

Bundesgericht ist daher gegebenenfalls der Beizug eines neuen Vertreters erforderlich. Das kann für die betroffene Partei mit Inkonvenienzen verbunden sein.

Um solche Inkonvenienzen zu vermeiden, hat sich der Genfer Mieterverband (ASLOCA) etwas Besonderes einfallen lassen. Bei ihm angestellte Anwälte, die nach kantonalem Recht zur Vertretung von Mietern vor den kantonalen Instanzen befugt sind, waren zusätzlich als «selbstständige» Anwälte tätig und haben versucht, in dieser Eigenschaft Parteien, denen sie bereits im kantonalen Verfahren als bei der ASLOCA angestellte Anwälte zur Seite gestanden hatten, vor Bundesgericht zu vertreten.

Dem hat das Bundesgericht nun allerdings einen Riegel geschoben (siehe neben dem hier diskutierten Fall auch in BGE 139 III 145 nicht publizierte E. 1; in BGE 139 III 209 nicht publizierte E. 1.7; Urteile 4A\_731/2012 [E. 2.6], 4A\_733/2012 [E. 2], 4A\_735/2012 [E. 2] und 4A\_737/2012 [E. 1.7], alle vom 21. Mai 2013; einlässlich zur Problematik FRANÇOIS BOHNET, Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA, Anwalts Revue [2013], 305 ff., sowie mit einem kurzen Hinweis DERS., DB [2013], 47 f.; sehr kurz auch BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 352). Das Bundesgericht führte aus, gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sei für den Registereintrag von Anwältinnen und Anwälten erforderlich, *dass diese in der Lage seien, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben*; sie könnten nur Angestellte von Personen sein, die ihrerseits im Anwaltsregister eingetragen seien. Eine Ausnahme gelte bloss für bei *anerkannten gemeinnützigen Organisationen* angestellte Anwältinnen und Anwälte, deren Tätigkeit als Parteivertretung sich strikte auf Mandate im Rahmen des von der betroffenen Organisation verfolgten Zwecks beschränke (Art. 8 Abs. 2 BGFA). Was unter anerkannten gemeinnützigen Organisationen zu verstehen sei, umschreibe das Gesetz nicht näher. Das Bundesgericht habe aber schon in BGE 130 II 87 E. 5.1.1 S. 100 ausgeführt, dass bei Mieterschutzverbänden angestellte Anwälte die Mitglieder ihrer Arbeitgeberin nicht in Prozessen vertreten könnten, in welchen das Anwaltsmonopol gelte.

Im vorliegenden Fall sei der Anwalt der Mieter einerseits bei der ASLOCA angestellt und stehe daher zu ihr in einem Subordinationsverhältnis. Andererseits sei er im Genfer Anwaltsregister eingetragen. Die Adresse und das Postfach seiner Kanzlei seien dieselben wie diejenigen der ASLOCA. Die Website der ASLOCA enthalte eine

Rubrik «Mitarbeiter», in welcher der Anwalt sowie die andern Mitglieder seiner Kanzlei aufgeführt seien. Nun würde zwar der Umstand, dass der Anwalt bei der ASLOCA angestellt sei, einem Eintrag in das Anwaltsregister und der Ausübung einer selbstständigen Anwalts-tätigkeit nicht entgegenstehen. Der Betroffene müsse aber den Anforderungen an die anwaltliche Unabhängigkeit genügen. In casu habe der Anwalt vor Bundesgericht das Mandat übernommen, das er vor den kantonalen Instanzen als Angestellter im Namen seiner Arbeitgeberin ausgeübt habe. Damit genüge er den gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit nicht. Denn er könne so die Klienten kaum anders beraten als vom Arbeitgeber gewollt. Daher dürfe ein Anwalt von Kunden seines Arbeitgebers keine Mandate annehmen (BGE 139 III 249 E. 1 S. 251, m.Nw.). Daraus sei zu schliessen, dass die Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht wirksam vertreten seien.

Gemäss Art. 42 Abs. 5 BGG hätte das Bundesgericht bei dieser Sachlage den Beschwerdeführern eine Frist zur Behebung des Mangels ansetzen müssen. Aus prozessökonomischen Gründen verzichtete es jedoch darauf. Da die Beschwerdeführer die Vollmacht des Anwalts unterzeichnet hätten, bestehe kein Zweifel, dass sie im Nachhinein auch die von ihrem Anwalt geschriebene Rechtsschrift unterzeichnen würden. Den Beschwerdeführern würde aber keine Parteientschädigung zustehen, da sie nicht wirksam vertreten seien (BGE 139 III 249 E. 1 in fine S. 251).

Dem ist (de lege lata) nur wenig beizufügen. In BGE 130 II 87 hat sich das Bundesgericht ausführlich mit den Anforderungen an die anwaltliche Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA auseinandergesetzt. Ebenso hat es dort klar betont, dass der Begriff der «anerkannten gemeinnützigen Organisationen» nach Art. 8 Abs. 2 BGFA nicht im Sinne von «nicht gewinnorientierten Organisationen», sondern enger auszulegen sei, was insbesondere zur Folge haben dürfte, dass beispielsweise bei Mieterverbänden oder Gewerkschaften angestellte Anwälte Mitglieder ihres Arbeitgebers nicht in Gerichtsverfahren vertreten könnten, für welche das Anwaltsmonopol gelte (BGE 130 II 87 E. 5.1.1 S. 100). Bei dieser Ausgangslage war es schon beinahe kühn, dass die ASLOCA Genf und die bei ihr angestellten Anwälte mehrfach den hier geschilderten Versuch unternommen haben, die nach kantonalem Recht zulässige Parteivertretung gleichsam vor dem Bundesgericht «verlängern» zu wollen. Der Entscheid ist denn

auch zweifelsohne gesetzeskonform. Anwaltsrechtlich ist immerhin ein Punkt bemerkenswert: In der Literatur wird z. T. die Auffassung vertreten, sollte es bei einem Anwalt an der nötigen Unabhängigkeit fehlen, so sei allenfalls eine Löschung aus dem Register zu erwägen; *einstweilen bleibe der eingetragene Anwalt aber grundsätzlich vertretungsberechtigt* (BSK BGG-MERZ, Art. 40 N 5). Dem hat das Bundesgericht im vorliegenden Fall implizit eine Absage erteilt, und zwar zu Recht. Denn dem betroffenen Anwalt ist ja die Anwaltstätigkeit nicht grundsätzlich versagt; er darf bloss keine Mandate übernehmen, bei denen ihm die erforderliche Unabhängigkeit fehlt. Verstösst er gegen diese Regel, so kann er gegebenenfalls berufsrechtlich sanktioniert werden (Art. 17 i. V. m. Art. 12 lit. b BGFA; BOHNET, Anwalts Revue [2013], 307).

Fraglich bleibt, ob es in der Sache richtig ist, Mieterverbandsanwälte von der Vertretung von Parteien vor Bundesgericht auszuschliessen. Dass die ZPO und das BGG die Befugnis zur Parteivertretung unterschiedlich regeln, ist bis zu einem gewissen Grad verständlich. Das Prozedieren vor Bundesgericht stellt z. T. höhere Anforderungen an die Prozessvertreter als – je nach Verfahrensart – das Prozedieren vor kantonalen Gerichten. *Unter dem Gesichtspunkt der fachlichen Qualifikation ist es daher verständlich, dass vor Bundesgericht nur Anwältinnen und Anwälte, nicht aber z. B. Sachwalterinnen oder Rechtsagenten, zur Vertretung befugt sind.* Weshalb aber die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Parteivertreter vor kantonalen Instanzen niedriger sein sollen als vor Bundesgericht, ist schwer einzusehen. Das zeigt sich sehr schön am hier diskutierten Fall. Dem bei der ASLOCA angestellten Anwalt mag die Unabhängigkeit fehlen, weil die ASLOCA in einem konkreten Fall ein Interesse an einem Grundsatzurteil haben kann, während der Mieter vielleicht einen Vergleich vorziehen würde. Ebenso kann es aber auch sein, dass die ASLOCA in einem konkreten Fall gegen die Interessen des Mieters einen Weiterzug verhindern möchte, weil sie einen Entscheid der höheren Instanz befürchtet, welcher den Interessen der Gesamtheit der Mieter zuwiderlaufen könnte (BOHNET, Anwalts Revue [2013], 306). Nur: All diese Bedenken gelten in mindestens gleichem, wenn nicht gar höherem Mass für die Vertretung vor den kantonalen Instanzen. Nimmt man diese Bedenken ernst, so müsste letztlich bei der ASLOCA angestellten Anwälten auch die Parteivertretung vor kantonalen Instanzen untersagt werden.

De lege ferenda wäre zu überlegen, ob es nicht sinnvoll wäre, bei einem Mieterverband angestellten Anwältinnen und Anwälten generell die Parteivertretung in der ganzen Schweiz vor allen Instanzen zu gestatten. Das schweizerische Mietrecht wird zunehmend komplexer und setzt für eine effiziente Parteivertretung Spezialkenntnisse voraus, über die solche Anwälte vermutungsweise verfügen werden. Ob die skizzierten Gefahren wegen der fehlenden Unabhängigkeit wirklich so gross sind, kann man bezweifeln. Der eine oder andere Verbandsanwalt müsste dann nur noch lernen, sich in der Form so gemässigt auszudrücken, dass er nicht im Nachhinein das Bundesgericht und die Gegenseite ersuchen muss, frühere Äusserungen ausser Acht zu lassen, die als bedauerlich erscheinen können («peuvent sembler regrettables»; vgl. dazu lit. C. des Sachverhalts des Urteils 4A\_609/2012 vom 26. Februar 2013, in BGE 139 III 145 nicht publiziert). Aber Menschen sind ja bekanntlich lernfähig.

Das hier besprochene Urteil hat Auswirkungen auf die kantonalen Verfahren. In denjenigen Kantonen, welche von der Befugnis gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO keinen Gebrauch gemacht haben, dürfen Anwälte, die sehr eng mit einem Mieterverband zusammenarbeiten, Mitglieder des Verbandes auch vor den kantonalen Instanzen nicht vertreten. Denn Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO ist, was die Anforderungen an die anwaltliche Unabhängigkeit betrifft, gleich auszulegen wie Art. 40 Abs. 1 BGG. Wer vor kantonalen Instanzen als selbstständig erwerbender Anwalt Mieter vertreten will, muss mithin eine hinreichende Distanz zu Mieterverbänden wahren.

## XI. Weitere Urteile mit Bezug zum Mietrecht (Hinweise)

In Band 139 III finden sich weitere Urteile, die einen gewissen Bezug zum Mietrecht haben. Ein paar Hinweise zu diesen Entscheiden müssen hier genügen.

a) In BGE 139 III 120 (4A\_425/2012 = Pra 2013 Nr. 97 S. 752 ff.; dazu MARINO MONTINI, Newsletter, avril 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/13\\_avril\\_analyse\\_4A\\_425\\_2012.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/13_avril_analyse_4A_425_2012.pdf)]; DERS., DB [2013], 35 ff.) war in einem mietrechtlichen Verfahren darüber zu entscheiden, ob ein nebenamtlicher Richter der Vorinstanz hätte in Ausstand treten sollen. Dieser nebenamtliche Richter, dem

man im Übrigen im Berichtsjahr auch als ASLOCA-Anwalt begegnet (BGE 139 III 249; dazu vorn Ziff. X.), übte seine Funktion in diesem Gericht als «Mietervertreter» («juge assesseur représentant les groupements de locataires») aus (Art. 121 Abs. 1 des Genfer Loi sur l'organisation judiciaire vom 26. September 2010 [LOJ; RSG E 2 05]). Rund zwei Jahre vor dem hier infrage stehenden Prozess hatte er in zwei andern Verfahren zwischen den gleichen Parteien, die keinen Bezug zum vorliegenden Prozess hatten und vor den Genfer Mietgerichten noch hängig waren, die Gegenseite als Anwalt vertreten. Das genügte, um den Anschein der Befangenheit im konkreten Verfahren zu erwecken, weshalb die Beschwerde des Vermieters vom Bundesgericht zu Recht gutgeheissen wurde. Das Bundesgericht führte dazu unter anderem aus: «L'apparence de prévention était si évidente, en l'occurrence, que le juge assesseur aurait dû se récuser spontanément (cf. art. 48 CPC)» (BGE 139 III 120 E. 3.2.2 S. 125). Dem ist – ausser einem verständnislosen Kopfschütteln über den betreffenden Richter – nichts beizufügen.

Paritätisch zusammengesetzte Mietgerichte und sämtliche Schlichtungsbehörden in Mietsachen gemäss Art. 200 Abs. 1 ZPO sollten der Frage der Befangenheit nebenamtlich tätiger Gerichtspersonen auch in weniger krassen Fällen vermehrt Beachtung schenken. Besonders kritisch muss die Vereinbarkeit einer anwaltlichen Tätigkeit im Mietrecht mit der Funktion als «Paritäts-Richter» bzw. «Paritäts-Schlichter» geprüft werden. Spätestens seit BGE 124 I 121 wird man sich gar fragen müssen, ob solche Tätigkeiten nicht generell unvereinbar sind. Denn es wird praktisch unvermeidlich sein, dass der nebenamtliche Richter oder Schlichter über Rechtsfragen zu befinden hat, an deren Beantwortung er in von ihm als Anwalt geführten andern Prozessen ein massgebendes Interesse hat.

b) Die Art. 113 ff. ZPO sehen für bestimmte Verfahren besondere Kostenregelungen vor. Darüber hinaus bestimmt Art. 116 Abs. 1 ZPO, dass die Kantone weitere Befreiungen von den Prozesskosten gewähren können. Verschiedene Westschweizer Kantone, so auch der Kanton Genf, haben von dieser Möglichkeit für mietrechtliche Verfahren Gebrauch gemacht und befreien die Parteien nicht nur von den Gerichtskosten, sondern auch von der Pflicht, der obsiegenden Gegenpartei eine Parteientschädigung auszurichten. In BGE 139 III 182 (4A\_607/2012 = Pra 2013 Nr. 84 S. 662 ff. = mp [2013], 241 ff.) hatte das Bundesgericht darüber zu befinden, ob eine solche Regelung vor

Bundesrecht standhält. Es hat diese Frage als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i. S. v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG qualifiziert und bejaht. Die beiden kantonalen Instanzen hatten daher dem Beschwerdeführer die Zuspreehung einer Parteientschädigung bundesrechtskonform verweigern dürfen (siehe zu diesem Urteil die Kurzhinweise von PATRICIA DIETSCHY, Newsletter mai 2013 [abrufbar unter [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_bailarrets/2\\_13\\_mai\\_analyse\\_4A\\_607\\_2012\\_02.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_bailarrets/2_13_mai_analyse_4A_607_2012_02.pdf)]); PATRICIA DIETSCHY MARTENET, DB [2013], 40 f.; IRÈNE SPIRIG/THOMAS GABATHULER, plädoyer 3 [2013], 40 ff., 45; BRUNO HEDIGER, SJZ [2014], 352 ff., 352).

c) Die Befreiung der in einem Mietprozess unterliegenden Partei von der Pflicht, der obsiegenden Gegenpartei eine Parteientschädigung auszurichten, ist nicht problemlos. Eine solche Regelung kann eine finanziell schlechtgestellte Partei davon abhalten, eine Sache vor Gericht zu bringen oder einen Anwalt beizuziehen, den sie auch im Fall des Obsiegens selber bezahlen müsste. Das Bundesgericht hat dies in BGE 139 III 182 durchaus gesehen, im Gegenzug aber ausgeführt, der Zugang zum Recht werde einer finanziell schlechtgestellten Partei auch dann erschwert, wenn sie das Risiko tragen müsse, beim Unterliegen die Gegenseite zu entschädigen (BGE 139 III 182 E. 2.6 S. 189).

Wie problematisch es werden kann, wenn der obsiegenden Partei in Anwendung des kantonalen Rechts (dazu vorstehend b) keine Parteientschädigung zugesprochen wird, zeigt BGE 139 III 190 (4A\_646/2011 = Pra 2013 Nr. 107 S. 828 ff. = mp [2013], 247 ff.). Ein Mieter im Kanton Genf hatte über mehrere Jahre hinweg insgesamt vier Prozesse gegen die Vermieterin geführt, und zwar in der Sache – soweit ersichtlich – mit Erfolg. Daraus waren ihm beträchtliche Anwaltskosten erwachsen, für die er nach dem massgebenden kantonalen Recht keine Entschädigung von der Vermieterin erhalten hatte. Aufgrund seiner finanziellen Lage war er offenbar nicht in der Lage, diese Kosten zu tragen (in BGE 139 III 190 nicht publizierte E. 6). Daher reichte er gegen die Vermieterin eine Klage auf Schadenersatz gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR ein. Vor Bundesgericht blieb er mit diesem Anliegen aber ohne Erfolg (vgl. zu diesem Urteil PATRICIA DIETSCHY MARTENET, DB [2013], 38 ff.).

Im Wesentlichen hielt das Bundesgericht fest, Schadenersatzklagen aus Art. 41 oder Art. 97 OR stünden nicht zur Verfügung, um die speziellen Regeln des Prozessrechts zu umgehen und der obsiegenden Partei einen Ersatzanspruch einzuräumen, den der zuständige

Prozessgesetzgeber als unangemessen oder gegen höherstehende Interessen verstossend erachtet hat. *Eine eigenständige spätere Schadenersatzklage sei für alle Parteikosten i. S. v. Art. 95 Abs. 3 ZPO generell ausgeschlossen* (BGE 139 III 190 E. 4.4 S. 193 f.).

Dem Bundesgericht entging dabei nicht, dass es stossend wäre, die obsiegende Partei auf ihren Anwaltskosten sitzen zu lassen, wenn die Gegenpartei den Prozess bös- oder mutwillig geführt hat (was in casu aber offenbar nicht zur Diskussion stand). Für diesen Fall verwies es auf Art. 115 ZPO, der – so das Bundesgericht – «... garantit une réparation au plaideur dont l'adverse partie s'est comportée avec témérité ou mauvaise foi» (BGE 139 III 190 E. 4.4 S. 194). Ob diese Aussage richtig ist, wurde von DIETSCHY MARTENET in Zweifel gezogen. Art. 115 ZPO spreche nur von «Gerichtskosten», nicht von «Prozesskosten». Das kantonale Recht könne daher auch die trölerisch oder böswillig handelnde Partei von der Pflicht zur Zahlung einer Parteientschädigung entbinden (a. a. O., 39 f.). Wie es sich damit verhält, wird sich weisen müssen.

## XII. Schlussbemerkungen

Zum Schluss dieser Besprechung seien mir zwei kritische Bemerkungen gestattet:

a) Wie schon im Berichtsjahr 2012 (siehe THOMAS KOLLER, ZBJV [2013], 876 ff.) sind auch im Berichtsjahr 2013 etliche mietrechtliche Bundesgerichtsurteile ergangen, *welche verfahrensrechtliche Probleme* zum Gegenstand hatten. Das ist an sich nicht erstaunlich: Mit einer solchen Häufung war in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO zu rechnen. *Es ist unvermeidlich, dass ein neues Gesetz zahlreiche Fragen aufwirft, die in der Rechtsanwendung höchststrichterlich geklärt werden müssen.* Immerhin meine ich, dass es bereits der Gesetzgeber selber in der Hand gehabt hätte, im Mietverfahrensrecht für mehr Klarheit zu sorgen. Das Mietprozessrecht zeichnet sich durch zahlreiche Besonderheiten aus. Daher wäre es vorzuziehen gewesen, wenn die mietrechtlichen Verfahrensbestimmungen in der ZPO in einem eigenen Kapitel übersichtlich zusammengefasst worden wären. Leider hat dies der Gesetzgeber verpasst. Heute finden sich mietrechtliche Verfahrensbestimmungen

über weite Teile der ZPO verstreut. In diesem Wirrwarr finden sich selbst Spezialisten nicht leicht zurecht; für juristische Laien ist dieser Prozessnormendschunzel kaum durchdringbar (so schon TH. KOLLER, a. a. O., 878). Daher einmal mehr: *Schade, dass der Gesetzgeber beim Erlass der ZPO kein hinreichendes Sensorium für die Besonderheiten des Mietprozessrechts gehabt hat.*

b) Die Qualität der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Mietrecht war im Berichtsjahr 2013 nicht über alle Zweifel erhaben. Wohlgemerkt: Damit meine ich nicht das Ergebnis der einzelnen vorstehend diskutierten Entscheide. Ob ein Urteil «richtig» oder «falsch» ist, wird in vielen Fällen umstritten sein. Kein Gericht auf dieser Welt kann es allen Leuten recht machen. Das gilt ganz besonders für ein politisch so heikles Rechtsgebiet wie das Mietrecht. Gemeint ist etwas anderes. Etliche der hier diskutierten Urteile sind schwer verständlich, verschlungen, ja schon fast sibyllinisch begründet und methodologisch in höchstem Mass unbefriedigend. Noch selten war das Lesen und Kommentieren von mietrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts so beschwerlich wie dieses Jahr. Zugegeben: Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, den Rechtsprechungsrezensenten das Dasein zu erleichtern, zumal diese ja davon leben, das höchste Gericht kritisieren zu dürfen. Aber etwas besser verständliche und klarer begründete mietrechtliche Urteile würden immerhin (auch) der Sache dienen...